

Kontraktsparters stilling ved fisjon av aksjeselskaper



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 572
Leveringsfrist: 25. november 2010

Til sammen 17 475 ord

23.11.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Presentasjon av oppgavens tema	1
1.2	Problemstillinger	3
1.3	Rettskildebildet	4
1.3.1	Kort om rettsutviklingen av fisjonsinstituttet	4
1.3.2	Rettskilder	4
1.4	Avgrensninger	6
1.4.1	Generelle avgrensninger	6
1.4.2	Avgrensninger i forhold til det overdragende selskaps kontraktsparter	7
<u>2</u>	<u>NÆRMERE OM FISJON ETTER AKSJELOVEN KAPITTEL 14</u>	<u>9</u>
2.1	Fusjons- og fisjonsinstituttets betydning	9
2.2	Fusjons- og fisjonsbegrepet	12
2.3	Kontinuitetsprinsippets betydning for selskapets medkontrahenter	13
2.4	Kreditorvernet ved fisjon	15
2.4.1	Innledning	15
2.4.2	Varsel om og innsigelser mot fisjonen	16
2.4.3	Solidaransvar for selskapene som deltok i fisjonen	17
<u>3</u>	<u>KONTRAKTSPARTENS ADGANG TIL Å FREMME INNSIGELSER MOT FISJONEN</u>	<u>19</u>
3.1	Innledning	19
3.2	Kreditorbegrepet i aksjeloven	20
3.2.1	Ordlyden	20
3.2.2	Forarbeidene	22
3.2.3	Kreditorbegrepet i EUs sjette selskapsdirektiv	25

3.2.4	Foreløpig oppsummering	27
3.3	Et relativt kreditorbegrep	29
3.3.1	Innledning	29
3.3.2	Hjemmel for et relativt kreditorbegrep	30
3.3.3	Rettslige konsekvenser av et relativt kreditorbegrep	33
3.4	Ulike kontraktsforhold – et forsøk på å trekke opp grensene for et relativt kreditorbegrep	34
3.4.1	Innledning	34
3.4.2	Realkreditorer med forfalte krav	34
3.4.3	Realkreditorer med uforfalte krav	36
3.4.3.1	Kontraktsparten har forhåndsbetalt for en realytelse	36
3.4.3.2	Kontraktsparten har en opsjon på kjøp av en realytelse	37
3.4.4	Kontraktsparter med betingede krav	38
3.4.5	Kontraktsparter med uforfalte, fremtidige krav mot selskapet	38
<u>4</u>	<u>KONTRAKTSPARTENS STILLING ETTER FISJONENS IKRAFTTREDELSE</u>	<u>41</u>
4.1	Innledning	41
4.2	Nærmere om problemstillingen	42
4.3	Begrepet “forpliktelse”	44
4.3.1	Ordlyden	44
4.3.2	Øvrig begrepsbruk i aksjeloven	45
4.3.3	Øvrige rettskilder	46
4.4	Praktiske implikasjoner	47
4.5	Vurderingstemaet i praksis	50
4.5.1	Innledning	50
4.5.2	Tidsbestemte kontrakter uten oppsigelsesadgang	50
4.5.3	Tidsbestemte kontrakter med rett til forlengelse	51
4.5.4	Tidsubestemte kontrakter med gjensidig oppsigelsesadgang	53
<u>5</u>	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u>	<u>56</u>
<u>6</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>A</u>

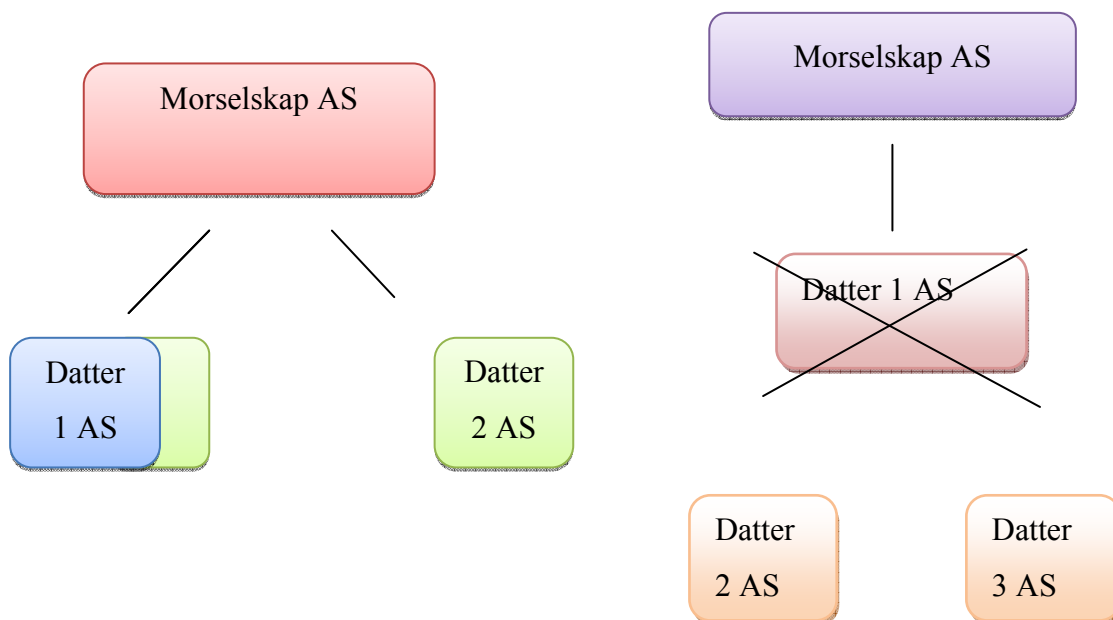
6.1	Bøker	A
6.2	Lover, forarbeider og direktiver	A
6.3	Rettspraksis	B
6.4	Norske nettdokumenter	B

1 Innledning

1.1 Presentasjon av oppgavens tema

Tema for oppgaven er kontraktsparters stilling ved fisjon av aksjeselskaper.¹

En fisjon kan betegnes som en oppdeling av et aksjeselskap som skjer etter reglene i aksjeloven kapittel 14. Deling av aksjeselskap er undergitt reglene om fisjon i aksjeloven når selskapets eiendeler, rettigheter og forpliktelser skal fordeles på selskapet² selv (det overdragende selskap), og ett eller flere overtakende selskaper. Fisjon er også undergitt reglene i aksjeloven kapittel 14 når selskapets eiendeler rettigheter og forpliktelser skal fordeles på to eller flere overtakende selskaper. Dette følger av henholdsvis aksjeloven § 14-2 (1) og (2). Disse to ulike fusionsmåtene kan illustreres slik:



¹ Oppgaven omhandler kun fisjon i til lov av 13.juni 1997 nr.44 om aksjeselskaper (aksjeloven). Fusionsreglene i lov av 13.juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven) er identiske, bortsett fra at henvisningene til blant annet fusjonskapittelet er noe forskjellige. Fremstillingen er derfor også aktuell for fisjon etter allmennaksjeloven.

² "Selskap" vil i fremstillingen være ensbetydende med "aksjeselskap".

Der det overdragende selskap utfisjonerer en forpliktelse til det overtakende selskap, vil fisjonen medføre at kreditor for forpliktelsen får en ny debitor for sitt krav. Etter alminnelige formuerettslige regler kan en debitor i alminnelighet ikke fri seg fra sin forpliktelse ved å stille en annen som debitor i sitt sted, med mindre kreditor samtykker.³ Ved fisjon gjelder imidlertid det såkalte selskapsrettslige kontinuitetsprinsipp som innebærer at det overdragende selskap anses for å fortsette i det overtakende selskap, slik at det ikke finner sted noe identitetsskifte i forhold til det overdragende selskaps aksjonærer og medkontrahenter.⁴ Kreditor må i utgangspunktet respektere dette debitorskiftet ved fisjon.

For å sørge for at fisjonen ikke forringer en kreditors mulighet til å få dekket sin fordring mot selskapet, har lovgiver gitt regler om kreditorvern ved fisjon i aksjeloven §§ 14-7 jfr. 13-14 og 13-14, samt § 14-11 (3). Disse rettsreglene skal sikre kreditors rettsstilling når debitorselskapet fisjoneres, og kan anses som motstykket til det selskapsrettslige kontinuitetsprinsipp.

Aksjeloven inneholder ingen uttrykkelige regler om selskapets kontraktparter⁵ ved fisjon.⁶ Det er likevel klart at fisjonsinstituttet bygger på den forutsetning at fisjonen ikke er å anse som et kontraktsbrudd.⁷ Utgangspunktet er derfor at overdragende selskaps rettslige posisjoner i henhold til rettigheter og forpliktelser som følger av kontraktsforhold, overtas av det overtakende selskap. Når forpliktelsene i et kontraktsforhold overføres på denne måten, utsettes selskapets kontraktparter for et debitorskifte som beskrevet over. Dette betyr at også selskapets kontraktparter kan ha behov for vern ved fisjon. Siden aksjeloven ikke inneholder noen særlige bestemmelser om kontraktparter ved fisjon, vil kontraktpartenes stilling ved fisjon bero på i hvilken grad kontraktpartene kan påberope seg kreditorvernbestemmelsene. Det er imidlertid

³ Jfr. Hagstrøm (2004) s. 841

⁴ Jfr. Andenæs (2006) s. 580

⁵ Med “kontraktpart” menes en fysisk eller juridisk person som er i et kontraktsforhold med det overdragende selskap som stifter rettigheter og forpliktelser for begge parter. Se nærmere punkt 1.4.2.

⁶ Jfr. NOU 1992.29 s. 200 (avsnitt 15.3.3.4), jfr. s.198 (avsnitt 15.2.3.4).

⁷ I.c.

ikke klart hvor langt kreditorvernet faktisk rekker på krav som springer ut av gjensidig bebyrdende kontraktsforhold mellom det overdragende selskap og dets kontraktsparter.

1.2 Problemstillinger

Kreditorvernet ved fisjon består av to elementer, der det ene kan betegnes som preventivt og det andre som reparativt. Det første elementet er aksjeloven § 14-7, jfr. §§ 13-14 til 13-15, som gir selskapets kreditorer krav på å bli varslet om fisjonen, og mulighet til å fremme innsigelser i form av å kreve betaling eller sikkerhetsstillelse før fisjonen kan tre i kraft. Det andre elementet er aksjeloven § 14-11 (3) som pålegger alle selskapene som deltok i fisjonen et solidaransvar for det overdragende selskaps forpliktelser, hvis det selskapet som skulle hefte for forpliktelsen etter fisjonsplanen, ikke oppfyller forpliktelsen. Kontraktspartenes rettsstilling ved fisjon skal vurderes opp mot begge elementene av kreditorvernet.

Den første problemstillingen er i hvilken grad overdragende selskaps kontraktsparter kan fremme innsigelser mot fisjonen ved å kreve betaling eller sikkerhetsstillelse etter aksjeloven §§ 14-7 jfr. 13-14 og 13-15 (1) og (2).⁸ Bestemmelsene gir “selskapets kreditorer” rett til å fremme innsigelser på nærmere grunnlag. Det rettslige vurderingstema er således i hvilken grad selskapets kontraktsparter kan anses for å være “selskapet kreditorer” i aksjelovens forstand.

Den andre problemstillingen knytter seg til solidaransvaret i aksjeloven § 14-11 (3). Bestemmelsen kommer til anvendelse når det selskap som skal hefte for en av overdragende selskaps forpliktelser etter fisjonsplanen, ikke oppfyller forpliktelsen. For selskapets kontraktsparter vil det være aktuelt å påberope seg solidaransvaret hvis selskapet som skal hefte for kontraktsforpliktelsene etter fisjonsplanen, ikke oppfyller forpliktelsene, slik at kontrakten misligholdes. Problemstillingen i relasjon til det reparative vernet er i hvilken utstrekning solidaransvaret kan gjøres gjeldende for kontraktspartens oppfyllelsesinteresse for krav etter kontrakten som på tidspunktet for

⁸ Aksjeloven § 14-7 gir §§ 13-13 til 13-14 i fusjonsskapittelet tilsvarende anvendelse ved fisjon. I det følgende vil jeg henvise direkte til disse bestemmelsene.

fisjonen må anses som fremtidige. Det som skal vurderes er om et kontraktsforhold som sådan kan anses for å være en “forpliktelse” etter aksjelovens § 14-11 (3).

1.3 Rettskildebildet

1.3.1 Kort om rettsutviklingen av fisjonsinstituttet

Det helt sentrale element i fusjons- og fisjonsinstituttet er kontinuitetsprinsippet.⁹

Fusjon med trekk av kontinuitet har eksistert helt siden Norges første aksjeselskapslover, dog i noe enklere former.¹⁰ Fisjonsinstituttet var sin side en nykommer med aksjeloven av 1997. Selv om fisjon ikke var en selskapsrettslig kategori før aksjeloven av 1997 var det i praksis likevel mulig å dele opp selskaper ved anvendelse av andre selskapsrettslige kategorier. Slike “fisjoner” ble anerkjent av skattemyndighetene i den forstand at virksomhetsoverdragelsen ikke ble ansett som en realisasjon av tap eller gevinster, og det delte selskaps skatteposisjoner kunne overføres uendret.¹¹ Skatterettslig kontinuitet ble altså lagt til grunn for slike “fisjoner”. Det gjaldt imidlertid ikke noe selskapsrettslig kontinuitetsprinsipp. Før deling av selskap etter de alminnelige regler kunne skje, måtte rettigheter oppgis og forpliktelser innfris, med mindre medkontrahentene gav sitt samtykke til at rettighetene eller forpliktelsene ble overført.

1.3.2 Rettskilder

Det rettslige utgangspunkt for oppgaven er kapittel 14 i lov om aksjeselskaper av 13. juni 1997 nr. 44. Det er særlig §§ 14-7, jfr. 13-14 og 13 15, og § 14-11 (3) som vil være relevante for drøftelsen, og ordlyden i disse bestemmelsene vil være den sentrale rettskilde for å vurdere kontraktparters rettsstilling ved fisjon.

Aksjelovens forarbeider vil også stå sentralt i drøftelsen da disse gir uttrykk for rekkevidden av kreditorvernbestemmelsene. I tillegg til forarbeidene til dagens

⁹ Se nærmere om kontinuitetsprinsippet i avsnitt 2.1.

¹⁰ Aksjeloven av 1910 og skipsaksjeloven av 1916. Se Giertsen (1999) s. 28

¹¹ Se f.eks. Rt. 1978 s.1184

aksjelover, er det antatt at forarbeidene til aksjeloven av 1976¹² fortsatt har gyldighet.¹³ Store deler av aksjeloven bygger på aksjeloven av 1976, og selv om denne tidligere loven ikke hadde regler om fusjon ble blant annet kreditorbegrepet i aksjeloven §§ 13-14 og 13-15 drøftet både i forbindelse med reglene om fusjon og kapitalnedsettelse.

Norges medlemskap i EØS gjorde det nødvendig å gjennomføre en rekke direktiver på selskapsrettens område. EUs tredje selskapsdirektiv om fusjoner, og EUs sjette selskapsdirektiv om fisjoner¹⁴ er en del av EØS-avtalen, og både fusjons- og fusionsreglene i aksjeselskapslovene av 1997 er derfor tilpasset disse direktivene.¹⁵ Direktivenes vekt som rettskilde må imidlertid vurderes konkret for det enkelte tolkningsspørsmål.

Det er generelt lite rettspraksis vedrørende fusjon og fisjon. En av årsakene til dette kan være at tvister i forbindelse med fusjon og fisjon må løses raskt. Domstolenes saksbehandlingstid medfører at rettsbehandling er lite egnet for disse problemstillinger.¹⁶ Det foreligger enkelte dommer og kjennelser som kan belyse spørsmål relatert til kontraktsparters stilling ved fisjon. Oppgavens problemstillinger er imidlertid ikke direkte behandlet verken i dommer fra Høyesterett eller underrettene. Når det er lite veiledning i rettspraksis åpner dette for at reelle hensyn kan få avgjørende vekt for hvordan loven er å forstå, når øvrige rettskilder ikke gir klare svar. Ettersom aksjeloven ikke inneholder særlige regler om kontraktsparters stilling ved fisjon, vil reelle hensyn spille en sentral rolle i vurderingen av i hvilken grad de alminnelige kreditorvernregler kan påberopes av selskapets kontraktsparter.

Aksjeloven kapittel 14 om fisjon er i stor grad utformet som henvisninger til fusjonsbestemmelsene i kapittel 13. Parallelliteten mellom de to regelsettene innebærer at rettskilder tilknyttet fusjonsreglene også vil være relevante. I tillegg har lovgiver brukt reglene om kapitalnedsettelse som mønster for kreditorvernreglene ved fusjon og

¹² Lov om aksjeselskaper av 04. juni 1976 nr. 59

¹³ Se Andenæs (2006) s. 604

¹⁴ Jfr. henholdsvis 78/855/EØF og 82/891/EØF

¹⁵ Jfr. Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 112 flg.

¹⁶ Se Giertsen (1999) s. 24

fisjon.¹⁷ Det er antatt at de samme overordnede hensyn begrunner kreditorvernet både ved kapitalnedsettelse og fisjon, og “kreditorbegrepet” i aksjeloven §§ 13-14 og 13-15 vil for eksempel langt på vei ha samme innhold ved fusjon, fisjon og kapitalnedsettelse.¹⁸ Argumenter hentet fra rettskilder tilknyttet for eksempel kapitalnedsettelse kan imidlertid ikke ukritisk legges til grunn for fisjon, da enkelte ulike hensyn og formålsbetraktninger kan gjøre seg gjeldende.

1.4 Avgrensninger

1.4.1 Generelle avgrensninger

Oppgaven skal kun drøfte kontraktsparters stilling ved fisjon. Enkelte parallelle spørsmål melder seg også ved fusjon, men trekk ved fusionsinstituttet medfører at problemstillingene er særlig aktuelle ved fisjon. Innledningsvis i oppgavens del 2 vil imidlertid både fusjon og fisjon omtales. Siden fusionsinstituttet i stor grad beror på en videreføring av prinsippene bak fusionsinstituttet er det unaturlig å beskrive fusionsreglene isolert.

Av hensyn til fremstillingen vil drøftelsen ta utgangspunkt i fisjon etter aksjeloven § 14-2 (1), der overdragende selskaps eiendeler, rettigheter og forpliktelser skal fordeles på selskapet selv og et overtakende selskap.¹⁹ Det aktuelle kontraktsforhold forutsettes utfisjonert til det overtakende selskap. Så lenge fisjonen faller inn under fusionsbegrepet i aksjeloven § 14-2 (1) eller (2) vil imidlertid det som fremkommer i oppgaven også kunne legges til grunn for disse fisjonstypene. Dette må også gjelde der det aktuelle kontraktsforhold beholdes i det overdragende selskap. Her vil ikke medkontrahenten utsettes for et debitorskifte, men fisjonen vil blant annet medføre at mulige dekningsobjekter vil være overført til det overtakende selskap. Aksjelovens kreditorvern ved fisjon kommer til anvendelse uansett.²⁰

¹⁷ Jfr. Andenæs (2006) s. 598

¹⁸ Se Ot.prp.nr 19(1974-1975) s. 202-203

¹⁹ Jfr. tegning nr. 1 i avsnitt 1.1.

²⁰ Jfr. Giertsen (1999) s. 60

Oppgaven vil for enkelthetens skyld kun omtale det overdragende selskaps kontraktsparter. Aksjeloven §§ 13-14 og 13-15 omfatter både de overdragende og de overtakende selskaps kreditorer. Drøftelsen i oppgavens del 3 om kontraktsparters adgang til å fremme innsigelser mot fisjonen vil dermed også kunne legges til grunn for det overtakende selskaps kontraktsparter. Solidaransvarsregelen i aksjeloven § 14-11 (3) gjelder etter sin ordlyd kun for overdragende selskaps forpliktelser.²¹ Drøftelsen i del 4 om kontraktsparters stilling etter fisjonens ikrafttredelse har derfor ingen overføringsverdi til rettsstillingen til det overtakende selskaps kontraktsparter.

Av hensyn til oppgavens rammer kan ikke særlige problemstillinger som måtte oppstå ved fisjon over landegrensene etter aksjeloven § 14-12 behandles. Oppgavens rammer medfører at det også må avgrenses mot enkelte andre problemstillinger som melder seg i forhold til de rettsregler som utgjør vurderingstema for oppgaven. For disse er det imidlertid hensiktsmessig å foreta avgrensningen underveis der disse problemstillingene melder seg.

1.4.2 Avgrensninger i forhold til det overdragende selskaps kontraktsparter

Med selskapets kontraktsparter menes fysiske eller juridiske personer som er i et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold med det overdragende selskap. Et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold kjennetegnes ved at det stifter rettigheter og forpliktelser for begge parter.

Fisjonsinstituttet bygger som nevnt på den forutsetning at en fisjon ikke er et kontraktsbrudd.²² Hovedregelen er derfor at en kontraktspart må finne seg i at det fisjonerende selskaps kontraktsforpliktelser overføres til et annet selskap. Etter omstendighetene kan imidlertid særlige forhold ved det enkelte kontraktsforhold føre til at fisjonen bringer kontraktsforholdet til opphør.

²¹ Se nærmere Giertsen (1999) s. 42

²² Jfr. NOU 1992:29 s.198

Kontinuitetsprinsippet ved fisjon er deklarasjonsprinsippet, og det er derfor full adgang til å avtale at rettigheter og forpliktelser ikke skal kunne overføres ved fusjon eller fisjon.²³ Kontinuitetsprinsippet er således ikke i veien for at man ved inngåelse av kontrakt kan avtale at en omorganisering av virksomheten krever godkjenning av kontraktsparten, eller at fisjonen anses som en forfalls-, oppsigelses- eller opphørsgrunn.²⁴ Problemstillinger tilknyttet denne type kontrakter vil hovedsakelig bero på alminnelig avtaletolkning, og vil ikke bli behandlet nærmere.

I andre kontraktstilfeller kan en fisjon representere en vesentlig bristende forutsetning eller gi medkontrahenten grunn til å påberope antasipert mislighold. På grunn av kontinuitetsprinsippet er den klare hovedregel at en kreditor ved fusjon og fisjon må finne seg i et debitorskifte, men i enkelte kontraktsforhold kan dette stille seg annerledes.²⁵ Hvorvidt et kontraktsforhold er av en slik natur at bristende forutsetninger eller antasipert mislighold kan påberopes av kontraktsmotparten eller ikke, faller også utenfor denne oppgaven å behandle. Når kontrakten på en eller annen måte opphører ved fisjon, er ikke oppgavens problemstillinger lenger aktuelle, og det må derfor avgrenses mot slike kontraktsforhold.

²³ Dette ble allerede lagt til grunn i forhold til fusjon ved aksjeloven av 1976. Se Ot.prp.nr. 19 (1974-1975) s. 202

²⁴ Jfr. Giertsen (1999) s. 30 og Ot.prp.nr. 19 (1974-1975) s. 202

²⁵ Se Andenæs (2006) s. 603. Det kan for eksempel være en bristende forutsetning for en lisensavtale at lisensrettighetene blir overført fra et selskap til et annet ved fusjon eller fisjon.

2 Nærmere om fisjon etter aksjeloven kapittel 14

2.1 Fusjons- og fusionsinstituttets betydning

Fusjon og fisjon blir i dagligtalen ofte brukt i en videre betydning enn bare om de transaksjoner som er undergitt særlig regulering i aksjeloven kapittel 13 og 14. En rekke forskjellige fremgangsmåter kan betraktes som sammenslåing eller deling av selskaper, uten at de er å anse som fusjon eller fisjon etter aksjeloven kapittel 13 og 14.²⁶

Den helt sentrale betydningen av fusjons- og fusionsinstituttet er det kontinuitetsprinsipp som får anvendelse når transaksjonen gjennomføres etter aksjelovens kapittel 13 og 14. For fusjon kommer kontinuitetsprinsippet særlig til uttrykk i aksjeloven § 13-2 (1), der det forutsettes at det overdragende selskap kan overdra eiendeler, rettigheter og forpliktelser *som helhet* (min kursivering).²⁷ Prinsippet kan også utledes av § 13-16 (1), nr.3 som angir at når fusjonen er registrert, anses det overdragende selskaps eiendeler, rettigheter og forpliktelser for å være overført til det overtakende selskap. For fisjon kommer ikke prinsippet like tydelig frem i lovteksten, men det følger klart av forarbeidene til aksjeloven at kontinuitetsprinsippet også gjelder ved fisjon.²⁸ Likevel er den selskapsrettslige kontinuitet mindre konsekvent ved fisjon, siden eiendeler, rettigheter og forpliktelser deles på minst to selskap, og ikke overføres som helhet som ved fusjon.

I sin kjerne innebærer kontinuitetsprinsippet at i forhold til det overdragende selskaps medkontrahenter anses ikke fisjonen som en identitetsendring, men som at det overdragende selskapet fortsetter i det (eller de) overtakende selskap(er). Etter alminnelige formuerettslige og selskapsrettslige regler ville sammenslåingen eller oppdelingen av et selskap blitt sett på som et identitetsskifte. Kontinuitetsprinsippet medfører at de vanlige rettsvirkninger som utløses av identitetsendringer, ikke utløses ved fusjon eller fisjon. Kontinuitetsprinsippet tar dermed bort de rettslige hindringer for

²⁶ Som eksempel kan konserndannelse nevnes. Et selskap stifter et eller flere datterselskaper, for så å skille ut deler av virksomheten til disse. Deling av selskaper kan også etter alminnelige formuerettslige regler, for eksempel der virksomhet utskilles ved salg.

²⁷ Jfr. Andenæs (2006) s. 603

²⁸ Jfr. NOU 1992:29 s. 200, Ot.prp.nr. 36 (1993-1994) s. 130 og NOU 1996:3 s 82

endringer og omstillinger i næringslivet som ellers ville følge av alminnelige rettsregler. Fusjons- og fisjonsreglene i aksjeloven åpner derfor for en enklere transaksjon enn andre omorganiseringsmåter. At en fusjon eller fisjon ikke anses som et identitetsskifte får særlig betydning i forhold til aksjonærer, rettigheter og forpliktelser, men også for avgifter og beskatning.

For det eller de overdragende selskaps aksjonærer og medkontrahenter innebærer kontinuitetsprinsippet at det overtakende selskap trer inn i det overdragende selskaps posisjoner med hensyn til eiendeler, rettigheter og forpliktelser. Med hjemmel i kontinuitetsprinsippet kan dermed fusjon og fisjon gjennomføres mot det overdragende selskaps protesterende minoritetsaksjonærer og medkontrahenters vilje.²⁹ Det selskapsrettslige kontinuitetsprinsipp kan således deles opp i aksjonær-, rettighets-, og forpliktelseskontinuitet. Aksjonærkontinuitet betyr at aksjonærene i det overdragende selskap blir aksjeeiere i det overtakende selskap.³⁰ Dette følger av §§ 13-2 og 14-2 som angir at vederlaget er aksjer, eventuelt med et tillegg som ikke kan overstige 20 % av det samlede vederlag. Rettighetskontinuitet innebærer at eiendeler og rettigheter i det overdragende selskap kan overføres uten hindring av eventuelle skranker i overføringsretten.³¹ Dette følger av § 13-2 som nevner overføring av eiendeler og rettigheter som kjennetegn på fusjon, og forutsetningsvis av § 14-2 som sier at eiendeler og rettigheter kan fordeles på selskapet selv og et eller flere overtakende selskaper.³² Forpliktelseskontinuitet innebærer blant annet at en debitorposisjon overføres fra det overdragende selskap til det overtakende selskap mot kreditors vilje.³³

Kontinuitetsprinsippet har i tillegg en skatterettslig side. Etter skatteloven³⁴ § 11-4 kan aksjeselskaper fusjonere eller fisjonere uten skattelegging av selskapet og aksjonærene, når fusjon eller fisjon skjer etter kapittel 13 eller 14 i aksjeloven. Overdragende

²⁹ Jfr. Andenæs (2006) s. 579.

³⁰ Jfr. Giertsen (1999) s. 30

³¹ En andel i et ansvarlig selskap vil derfor kunne overføres selv om slike andeler i utgangspunktet er uoverdragelige etter selskapsloven § 2-28.

³² Jfr. Giertsen (1999) s. 30 og 43

³³ Se nærmere om forpliktelseskontinuitet ved fisjon i punkt 2.3

³⁴ Lov av 26.mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt.

selskaps ligningsmessige nedskrevne verdier og andre skatteposisjoner må således overtas uendret av det overtakende selskap.³⁵ Det skatterettslige utgangspunkt er diskontinuitet, noe som innebærer at en overdragelse mot vederlag, og andre identitetsskifter, som hovedregel vil anses som en realisasjon som utløser beskatning på gevinster. Det samme gjelder ombytting av aksjer. Skatterettslig kontinuitet ved fusjon og fisjon betyr at skatteposisjonene overføres uendret til det overdragende selskap, slik at disposisjonen er skattefri på nærmere vilkår. Verken gevinster eller tap vil realiseres.³⁶ Skatterettslig kontinuitet gjør fusjon og fisjon etter reglene i aksjeloven kapittel 13 og 14 til særlig attraktive omorganiseringsmåter for aksjeselskaper, og vil ofte være hovedmotivasjonen for at et selskap nettopp velger fusjon eller fisjon fremfor andre omorganiseringsmåter.

Fusjon -og fisjonsinstituttene har stor betydning for næringslivets mulighet til å tilpasse seg vekslende struktur og behov, og er således viktige selskapsrettslige redskaper for gjennomføring av strukturelle endringer i næringslivet.³⁷ Uten disse rettsinstituttene ville alminnelige formue- og selskapsrettslige regler vanskeliggjort selskapsendringer som samfunnsøkonomisk sett ville vært ønskelige. Hensynet til samfunnets behov er således vurdert som mer tungtveiende enn hensynet til de enkelte aksjonærer, rettighetshavere eller kreditorer, som fusjonen eller fisjonen kan gå på bekostning av.

Siden fusjons- og fisjonsreglene fraviker de alminnelige skatterettslige og formuerettslige utgangspunkter, er det kun en nærmere definert gruppe av sammenslåinger eller oppdelinger som er omfattet av fusjons- og fisjonsbegrepet i aksjeloven. Det er kun transaksjoner som faller inn under fusjons- og fisjonsbegrepet i henholdsvis aksjeloven §§ 13-2 og 14-2 som reguleres av aksjeloven kapittel 13 og 14, og en sammenslutning eller deling som ikke er fusjon eller fisjon i lovens forstand, kan ikke gjennomføres etter disse regelsettene.³⁸ For tilgrensende disposisjoner vil

³⁵ Jfr. Giertsen s. 31

³⁶ Jfr. Giertsen (1999) s. 91

³⁷ Se NOU 1996: 3 s. 82

³⁸ Jfr. Ot.prp.nr. 36 (1993-1994) s. 128

alminnelige formue- og selskapsrettslige regler gjelde, noe som innebærer diskontinuitet både skatterettslig og selskapsrettslig sett.

2.2 Fusjons- og fisjonsbegrepet

Fusjonsreglene har langt på vei vært utgangspunktet for utformingen av fisjonsreglene. Det selskapsrettslige fusjonsbegrep er definert i aksjeloven § 13-2 (1). Sammenslåing av selskaper er undergitt aksjelovens fusjonsregler når et eller flere aksjeselskaper eller allmennaksjeselskaper (overdragende selskap) overdrar sitt samlede kompleks av eiendeler, rettigheter og forpliktelser til et annet selskap (overtakende selskap), mot at aksjeeierne i det overdragende selskap får vederlag i form av aksjer i det overtakende selskap, eller slike aksjer med et tillegg som ikke må overstige 20 prosent av det samlede vederlaget. Overtakende selskap må overta det samlede kompleks av eiendeler, rettigheter og forpliktelser *som helhet*. Ved fusjon vil det overdragende selskap alltid oppløses, og det vil kun være ett overtakende selskap.

Fisjonsbegrepet er definert i aksjeloven § 14-2, og det er to ulike fisjonsvarianter som omfattes av begrepet. Etter aksjeloven § 14-2 (1) kommer reglene i aksjeloven kapittel 14 for det første til anvendelse når det overdragende selskaps samlede kompleks av eiendeler, rettigheter og forpliktelser fordeles på det overdragende selskap selv, og ett eller flere overtakende selskaper, mot at aksjeeierne i det overdragende selskapet får (beholder) vederlagsaksjer i det overdragende selskapet, og/eller i ett eller alle av de overtakende selskaper, eller slike aksjer med et tillegg som ikke må overstige 20 prosent av det samlede vederlaget. Det overdragende selskapet vil her bestå etter fisjonen, og en del av det samlede kompleks av eiendeler, rettigheter og forpliktelser vil være beholdt i overdragende selskap. At det her ikke skjer en overføring av samtlige eiendeler, rettigheter og forpliktelser skiller denne typen fisjon fra fisjon etter § 14-2 (2), og fusjon. Ved fisjon etter § 14-2 (1) er det tilstrekkelig at det er ett overtakende selskap.

Etter aksjeloven § 14-2 (2) kommer aksjeloven kapittel 14 også til anvendelse når det overdragende selskaps eiendeler, rettigheter og forpliktelser fordeles på to eller flere selskaper. Det overdragende selskap forutsettes her oppløst ved fisjonen og

fisjonsformen forutsetter at det er minst to overtakende selskaper som fordeler det overdragende selskaps samlede kompleks av eiendeler, rettigheter og forpliktelser mellom seg. Slik fisjon betegnes ofte som likvidasjonsfisjon. Likheten med fusjon er at overdragende selskap oppløses ved fisjonen, men mens det samlede kompleks av eiendeler, rettigheter og forpliktelser ved fusjon i helhet overtas av ett overtakende selskap, fordeles det ved likvidasjonsfisjon mellom to eller flere selskaper. Både ved fisjon etter § 14-2 (1) og (2) kan de overtakende selskaper, som ved fusjon, stiftes i forbindelse med fisjonen, eller de kan være allerede eksisterende selskaper. Når en del av overdragende selskap utfisjones direkte inn i et annet eksisterende selskap, kalles dette ofte for fisjonsfusjon.

Oppsummeringsvis kan man si at fusjon er en overføring av et selskaps samlede kompleks av eiendeler, rettigheter og forpliktelser til et annet aksjeselskap, mens en fisjon er en deling av dette komplekset på to eller flere aksjeselskaper.³⁹ Dette illustrerer den nære likhet mellom de to selskapsrettslige kategoriene.

2.3 Kontinuitetsprinsippets betydning for selskapets medkontrahenter

For det fusjonerende eller fisjonerende selskap vil det ofte være av helt avgjørende betydning for den videre drift at det kan bygges på eksisterende avtaler og kontraktsforhold.⁴⁰ Forpliktelseskontinuitet derfor et helt sentralt moment i et effektivt fusjons- og fisjonsinstitutt. Man kan si at “forpliktelseskontinuitet betyr at det overtakende selskap trer inn i det overdragende selskaps forpliktelser.”⁴¹

For det overdragende selskaps medkontrahenter innebærer en fusjon eller fisjon et debitorskifte når et krav overføres fra overdragende til overtakende selskap. Fra en kreditors synsvinkel er fusjonen eller fisjonen derfor å anse som en form for tvungen gjeldsoverdragelse. Etter alminnelige obligasjonsrettslige regler kan man ikke sette en annen debitor i sitt sted, uten særlig hjemmel.⁴² Aksjeloven § 13-2 som fastsetter at

³⁹ Se Giertsen (1999) s. 23

⁴⁰ Jfr. Ot.prp.nr.19 (1974-1975) s. 201

⁴¹ Jfr. Giertsen (1999) s. 29

⁴² Jfr. Hagstrøm (2004) s. 843

overføring av samtlige forpliktelser er et kjennetegn på fusjon, sammenholdt med § 13-14 som indirekte fastslår at fusjonen som sådan ikke bringer kreditors fordring til forfall, er slik særlig hjemmel. At forpliktelseskontinuitet gjelder ved fusjon og fisjon kan også utledes av bestemmelsene om kreditorvern. Kreditor må som hovedregel respektere et personskifte ved fusjon og fisjon.⁴³

Ved fusjon kan forpliktelseskontinuitet særlig begrunnes i at det overdragende selskapet ikke bare overfører sine forpliktelser til det overtakende selskap, men også sine eiendeler og rettigheter. Selv om kreditor får en ny debitor for sitt krav vil eiendelene og rettighetene i det tidligere overdragende selskap også være overført til det overtakende selskap. Når dekningsobjektene er i behold, vil fusjonen i all hovedsak ha liten betydning for kreditors dekningsmuligheter.⁴⁴ Ved en fisjon stiller dette seg annerledes, da en fisjon kan sies å bryte tilknytningen mellom forpliktelsene, og eiendelene og rettighetene. Også ved fisjon vil det for enkelte forpliktelser bli tale om et debitorskifte for kreditor når disse utfisjoneres til overtakende selskap. I motsetning til fusjon vil imidlertid ikke det samlede kompleks av eiendeler og rettigheter som den gamle debitor hadde, nødvendigvis overføres til den nye debitor. Hvis forpliktelsen blir beholdt av overdragende selskap vil det ikke være tale om et debitorskifte, men fisjonen kan likevel være problematisk for kreditor. Ved fisjon der det overdragende selskap består, kan aktiva være overført til ett eller flere andre selskaper, noe som medfører at kreditor sitter igjen med færre dekningsobjekter. Ved fisjon der det overdragende selskap oppløses, vil mulige dekningsobjekter være spredt på minst to selskaper.⁴⁵ Ved fisjon har man i prinsippet mulighet til å beholde eiendeler og rettigheter i et selskap, og overføre forpliktelsene til et annet.⁴⁶

For en kreditors vedkommende betyr kontinuitetsprinsippet at kreditor ikke kan nekte at en debitor stiller en annen i sitt sted. Når slike alminnelige rettsgrunnsetninger fravikes og tilsidesettes av hensyn til næringslivets effektivitet, kan dette ikke skje uten et visst

⁴³ Jfr. Giertsen (1999) s. 29

⁴⁴ Se Giertsen (1999) s. 42

⁴⁵ Jfr. Giertsen (1999) s. 42

⁴⁶ Jfr. Giertsen (1999) s. 99. Begrensninger følger imidlertid av aksjeloven § 14-3 (2) og regnskapsregler.

vern for kreditorene. Næringslivet er også helt avhengig av kreditt, garantistillelse og at avtaler inngås. Et kreditorvern er derfor også i næringslivets egen interesse. Spørsmålet er om dette vernet som er oppstilt i aksjeloven faktisk er tilstrekkelig for alle typer medkontrahtenter som etter nærmere omstendigheter vil ha behov for å verne om sine interesser når debitorselskapet fisjonerer.

2.4 Kreditorvernet ved fisjon

2.4.1 Innledning

Det overdragende selskaps kreditorer nyter først og fremst vern gjennom det lovfestede kreditorvernet i aksjeloven §§ 14-7, jfr. 13-14 og 13-15, og § 14-11 (3). Innledningsvis kan det nevnes at det ligger et visst vern for selskapets kreditorer og kontraktsparter i selve fisjonsbegrepet i aksjeloven § 14-2 (1) og (2). Siden det kun er disposisjoner som kan anses for å være fisjon etter denne bestemmelsen det legges kontinuitetseffekter til grunn for, kan man således si at dette innebærer et materielt vern for kreditorene.⁴⁷

Fisjonsbegrepet begrenser antall transaksjoner som medfører kontinuitet.

I tillegg kan det også sies å følge et vern i den begrensning som ligger i aksjeloven § 14-2 (1) nr. 2 om at aksjonærenes vederlag i annet enn aksjer i det overdragende eller overtakende selskap er begrenset til 20 % av det samlede vederlaget. Uten en slik begrensning kunne aksjeeierne trekke ut sine innskudd ved å motta kontante vederlag, som ville redusere selskapsformuen.⁴⁸ Her er det således sammenheng mellom aksjonærkontinuitet og kreditorvern. At inntil 20 % kan ytes i annet enn aksjer er begrunnet i praktiske hensyn; bytteforholdet mellom aksjene vil ikke alltid gå opp i opp.

Kontraktsparters rettsstilling ved fisjon skal imidlertid vurderes på bakgrunn av det preventive vernet i aksjeloven §§ 14-7, jfr. 13-14 og 13-15 og det reparative vernet i § 14-11 (3). Tema for oppgaven er å undersøke i hvilken grad disse reglene er anvendelige på selskapets kontraktsparter. En kortfattet gjennomgang av disse reglene følger under.

⁴⁷ Se Giertsen (1999) s. 60

⁴⁸ Jfr. Ot.prp.nr.19 (1974-1975) s.200

2.4.2 Varsel om og innsigelser mot fisjonen

Etter at fisjonsbeslutning er truffet i selskapet som skal deles, skal beslutningen meldes til Foretaksregisteret innen en måned. Dette følger av aksjeloven § 14-7, som gir aksjeloven §§ 13-13 til 13-15 tilsvarende anvendelse ved fisjon. Lovens hovedregel er at fisjonen trer i kraft etter kreditorvarsel, se aksjeloven § 14-8 jfr. § 13-16 (1).

Kreditorvarsel er således et vilkår for å kunne gjennomføre fisjonen. Foretaksregisteret skal etter § 13-14 (1) kunngjøre fisjonsbeslutningen og varsle selskapenes kreditorer om at eventuelle innsigelser må meldes til selskapet innen to måneder fra kunngjøringen i Brønnøysundregistrenes elektroniske kunngjøringspublikasjon. Selskapenes kreditorer kan etter dette i medhold av § 13-15 (1) og (2) fremme innsigelser mot fisjonen.

Selv om det er det overdragende selskaps kreditorer som er tema for avhandlingen, er det ikke bare overdragende selskaps kreditorer som er dekket av reglene om kreditorinnsigelser. Etter aksjeloven § 13-14 (1) skal Foretaksregisteret varsle *selskapenes kreditorer*. Alle de overtakende selskapers kreditorer har således også adgang til å fremme innsigelser mot fisjonen. Dette er begrunnet i at kreditorinteressene kan være underordnet når de selskapene involvert i en fisjon vurderer hvilke selskaper som skal være overdragende og overtakende.⁴⁹ Dette er også helt klart den rimelige løsning på bakgrunn av at en fisjon ikke bare kan få implikasjoner for overdragende selskaps kreditorer, men også for overtakende selskaps kreditorer.

Innholdet av innsigelsene varierer etter hva slags krav det er tale om. § 13-15 (1) gir kreditor med uomtvistet og forfalt fordring rett til å kreve fordringen betalt, før fisjonen kan gjennomføres. Etter (2) første punktum har kreditor med omtvistet eller uforfalt fordring rett til å kreve at selskapet stiller betryggende sikkerhet. At sikkerhetsstillelse er det aktuelle virkemiddel for uforfalte fordringer, understreker at fisjonen ikke bringer fordringen til forfall. Kreditor behøver ikke å påvise saklig grunn eller lignende for å kreve betaling eller sikkerhetsstillelse.⁵⁰

⁴⁹ Jfr. Giertsen (1999) s. 60

⁵⁰ Se lovkommentar til aksjeloven § 12-6

Først når fristen på to måneder er utløpt, og forholdet til kreditorene som har fremmet innsigelser er avklart, kan fisjon tre i kraft. Ikrafttredelse av fisjonen er nærmere regulert i aksjeloven § 14-8, som henviser til § 13-16. Ikrafttredelsen forutsetter at det eller de overtakende selskap gir melding til Foretaksregisteret om at fisjonen skal tre i kraft, og når fisjonen er registrert hos Foretaksregisteret er ikrafttredelsen et faktum.

I aksjeloven § 13-15 (2) annet punktum er det fastsatt at tingretten avgjør tvister om det foreligger en fordring, og om sikkerheten er betryggende. Etter § 13-15 (3) kan tingretten forkaste krav om sikkerhet etter § 13-15 (2) når det er klart at det ikke foreligger noen fordring, eller når det er klart at fisjonen ikke vil forringe kreditors mulighet til få dekket fordringen. Finner retten at fordringen allerede er betryggende sikret, eller fisjonen ikke forringer kreditors mulighet til å få fordringen dekket, vil retten avslå en begjæring om sikkerhetsstillelse. Det knytter seg flere problemstillinger til § 13-15 (2) annet punktum og (3) som kunne være relevant å drøfte under oppgavens tema. Oppgavens rammer medfører imidlertid at det må avgrenses mot disse problemstillingene. Dette er også naturlig på bakgrunn av at problemstillingene ikke knytter seg til i hvilken grad en kontraktspart i det hele tatt kan fremme innsigelser mot fisjonen, slik som er oppgavens tema.

Regelsettet som her er fremstilt representerer en avveining mellom selskapenes behov for å gjennomføre en fisjon, og medkontrahentenes behov for å sikre seg at selskapets evne til å oppfylle sine forpliktelser ikke forringes ved fisjonen.

2.4.3 Solidaransvar for selskapene som deltok i fisjonen

En konsekvent bruk av kontinuitetsprinsippet ved fisjon ville medført at kun selskapet som etter fisjonsplanen skulle hefte for forpliktelsen ville blitt ansvarlig for oppfyllelsen av denne. Hensynet til kreditorene taler imidlertid i mot en konsekvent bruk av kontinuitetsprinsippet ved fisjon. Det er ikke rimelig at overdragende selskap for eksempel kan utfisjonere forpliktelser til underkapitaliserte selskaper, i den hensikt å fri seg fra en tapsbringende kontrakt. På bakgrunn av at kreditors beslagsobjekter etter fisjonen er spredt på flere selskaper, kan det nærmest betegnes som en forutsetning for forpliktelseskontinuitet ved fisjon at alle selskapene som deltok i fisjonen er solidarisk

ansvarlige for det overdragende selskaps forpliktelser. Ved fusjon vil overdragende selskaps kreditorer ha aktiva i overdragende selskap som dekningsobjekter. Hensikten med solidaransvaret er å stille kreditor i samme stilling som ved fusjon.⁵¹

Solidaransvaret er lovfestet i aksjeloven § 14-11 (3) og går nærmere bestemt ut på at hvis det selskapet som skal hefte for en forpliktelse etter fisjonsplanen ikke oppfyller forpliktelsen, hefter de selskapene som har deltatt i fisjonen, solidarisk for forpliktelsen. Både overdragende selskap og overtakende selskap skal derfor hefte etter bestemmelsen. Ved fisjon etter aksjeloven § 14-2 (2) vil imidlertid overdragende selskap oppløses ved fisjonen. Selskapet vil følgelig heller ikke ha beholdt noe ved fisjonen, og solidaransvaret må her hvile på de overtakende selskapene.⁵²

Det må anses som usikkert om solidaransvaret for de øvrige selskapene etter § 14-11 (3) er prinsipal eller subsidiært.⁵³ Oppgavens rammer tillater imidlertid ikke videre behandling av denne problemstillingen, og i det følgende vil det dermed legges til grunn at solidaransvaret er subsidiært. Dette i samsvar med aksjelovens forarbeider og juridisk teori.⁵⁴

Solidaransvaret er i annet punktum begrenset for hvert av de øvrige selskapene til et beløp tilsvarende nettoverdien som tilfalt selskapet ved fisjonen. Regelen er et uttrykkelig unntak fra formuerettens alminnelige hovedregel om ubegrenset solidaransvar. Kreditor kan ikke ha forventninger om eventuell beslagsrett i ytterligere verdier enn de verdiene som lå i det overdragende selskap på tidspunktet for kredittytelsen. Begrensningen er således naturlig.⁵⁵

⁵¹ Jfr. Giertsen (1999) s. 42

⁵² Jfr. Norsk lovkommentar ved Hugo Matre, note 2303.

⁵³ Se nærmere om dette i Giertsen (1999) s. 300-301

⁵⁴ Se Ot.prp.nr.23 (1996-1997) s. 174, samt Giertsen (1999) s. 301

⁵⁵ Se Giertsen (1999) s. 302

3 Kontraktspartens adgang til å fremme innsigelser mot fisjonen

3.1 Innledning

Oppgavens første problemstilling er i hvilken utstrekning selskapets kontraktsparter kan fremme innsigelser mot fisjonen. Siden aksjeloven ikke inneholder noen særlige regler om kontraktsparters stilling ved fisjon, er det kreditorvernet aksjeloven §§ 14-7, jfr. §§ 13-14 og 13-15 som utgjør utgangspunktet for drøftelsen.

Etter aksjeloven §§ 13-14 (1) skal

“Foretaksregisteret... varsle selskapenes kreditorer om at innsigelse mot fisjonen må meldes til selskapet innen to måneder fra kunngjøringen...”

Selve innsigelsene fra kreditorene er nærmere regulert i aksjeloven §§ 14-7 jfr. 13-15 (1) og (2). Bestemmelsen lyder:

“Gjør en kreditor med uomtvistet og forfalt fordring innsigelse før fristen etter § 13-14 er utløpt, kan fusjonen ikke gjennomføres før fordringen er betalt.”

“En kreditor med omtvistet eller ikke forfalt fordring kan kreve at betryggende sikkerhet blir stilt, dersom fordringen ikke fra før er betryggende sikret. Tingretten avgjør tvist om det foreligger en fordring og om sikkerheten er betryggende.”

Det sentrale vilkår for at kontraktspartene kan fremme innsigelser mot fisjonen, er at de kan anses som “selskapets kreditorer” etter de overnevnte bestemmelser. Dette beror på om kontraktspartene kan sies å være “kreditor”, og ha en “fordring” mot det overdragende selskap. For i det hele tatt å kunne få stilling som kreditor etter aksjeloven §§ 13-14 og 13-15 (1) og (2) er det i tillegg et vilkår at fordringen må være stiftet før fisjonens kunngjøring.⁵⁶ Dette kravet er helt grunnleggende, og gjelder både for forfalte og uforfalte fordringer.

⁵⁶ Jfr. Ot.prp.nr.19 (1974-1975) s. 68

Umiddelbart synes ordlyden i de overnevnte bestemmelser å trekke i retning av at kun kreditorer med pengekrav mot selskapet som kan fremme innsigelser mot fisjonen. I så fall vil en rekke av selskapets kontraktsparter falle utenfor dette vernet. I det følgende skal den faktiske rekkevidden av kreditorbegrepet i aksjeloven §§ 13-14 og 13-15 fastlegges.

3.2 Kreditorbegrepet i aksjeloven

3.2.1 Ordlyden

I dagligtalen forstås gjerne en kreditor som en fysisk eller juridisk person som har penger til gode. En rent språklig forståelse av ordet tilsier imidlertid at begrepet har et noe bredere innhold, og at en kreditor er å forstå som den part i et skyldforhold som har krav på noe.⁵⁷ Et krav er det samme som en fordring, og begge må anses som en rett til å få en annen til å gjøre, tåle eller unnlate noe.⁵⁸ Selv om det er vanlig å forstå en kreditor som en som har et pengekrav, brukes begrepet også om den som har krav på annet enn penger. Dette følger også av de derav nærmere definerte begrepene pengekreditor og realkreditor. Når det i lovteksten kun står “kreditor” er det naturlig å forstå begrepet slik at det omfatter både pengekreditorer og realkreditorer. Ved ensidige forpliktelser, som for eksempel et gaveløfte, vil kun mottakeren av løftet ha et krav, og således kunne betegnes som en kreditor. I gjensidig bebyrdende kontraktsforhold vil begge parter vekselvis være kreditor og debitor for henholdsvis naturalytelser og betalingsforpliktelser.⁵⁹ Kreditorbegrepet kan imidlertid ikke vurderes isolert sett, men må leses i sammenheng med den øvrige ordlyden i aksjeloven §§ 13-14 og 13-15.

Ordet “fordring” benyttes i bestemmelsens begge ledd. Spørsmålet er om ordet kan klargjøre rekkevidden av kreditorbegrepet. I likhet med kreditorbegrepet, gir også ordet fordring assosiasjoner i retning at det er tale om et pengekrav. I dagligtalen brukes nok også ordet mest i denne sammenheng, men rent språklig sett må også fordringsbegrepet

⁵⁷ Jfr. Hagstrøm (2004) s. 109

⁵⁸ Jfr. Hagstrøm (2004) s. 37

⁵⁹ Jfr. Krüger (1989) s. 14

omfatte krav på naturalytelser og unnlatelser.⁶⁰ Dette samsvarer med det som kan utledes av selve kreditorbegrepet isolert sett. Verken kreditorbegrepet eller fordringsbegrepet er således rent språklig sett begrenset til å omfatte kreditorer med pengekrav. Likevel er det ikke å se bort fra at ordbruken gir assosiasjoner i denne retningen, og at en naturlig språklig forståelse av begrepene derfor kan trekke i retning av at det kun er kreditor med krav på penger som kan fremme innsigelser etter § 13-15.

I § 13-15 er det oppstilt et skille mellom uomtvistede og forfalte fordringer, jfr. § 13-15 (1), og uforfalte eller omtvistede fordringer, jfr. § 13-15 (2). For forfalte fordringer gir aksjelovens § 13-15 (1) kreditor adgang til å kreve fordringen betalt. For at en fordring er skal anses for å være forfalt, må tidspunktet for da skyldneren pliktet å betale gjelden være passert. Dette er i liten grad tema for tolkningstvil. Bestemmelsen angir imidlertid at kreditor kan kreve fordringen *betalt*. Oppfyllelse av andre krav enn pengekrav, er det mindre naturlig å betegne som betaling. Ordlyden tyder her klart på at det kun er pengekrav som kan kreves oppfylt før fisjonens ikrafttredelse i medhold av bestemmelsen.

I § 13-15 (2) er det ingen særlige holdepunkter, slik som i § 13-15 (1), at det kun er pengekreditorer som kan kreve sikkerhet for en uforfalt fordring. Når det i bestemmelsen angis at en kreditor med omtvistet eller ikke forfalt fordring kan kreve at betryggende sikkerhet blir stilt, dersom fordringen fra før ikke er betryggende sikret, er det i samsvar med ordlyden å legge til grunn at også realkreditorer med en omtvistet eller uforfalt fordring kan kreve at sikkerhet stilles for fordringen. Ordlyden åpner for begge tolkningsalternativer.

For at det skal foreligge en fordring etter § 13-15 (1) og (2) er det videre naturlig å legge til grunn at selskapets kontraktspart må ha opparbeidet seg et krav. Dette får betydning for selskapets kontraktsparter som, på bakgrunn av kontraktsforholdet, kan ha krav som anses som fremtidige. Som nevnt innledningsvis er det et også et vilkår at kreditors fordring må være stiftet før registreringen av fisjonsbeslutningen.⁶¹ Dette

⁶⁰ Jfr. Jusleksikon (2002) s. 90 og Hagstrøm (2004) s. 26 og 27.

⁶¹ Jfr. Ot.prp.nr.19 (1974-1975) s. 68

vilkåret er ikke kommet klart til uttrykk i aksjeloven §§ 13-14 og 13-15, men må anses som en forutsetning for at en kreditor kan fremme innsigelser mot fisjonen.

I gjensidig bebyrdende kontraktsforhold kan man si at partenes forpliktelser står i et avhengighetsforhold, slik at den ene kontraktspartens plikt til å yte er betinget av at den andre kontraktsparten presterer.⁶² For at det skal foreligge en fordring må selskapets medkontrahent helt eller delvis ha ytet sin forpliktelse, og således ha opparbeidet seg et krav før fristen for å fremme innsigelser for medkontrahenten har løpt ut. For løpende kontraktsforpliktelser kan det derfor anføres at kontraktsmotparten ikke har en fordring før hans krav på motytelsen er blitt ubetinget ved at han har oppfylt sin plikt til å yte. Siden ingen kreditt er ytt for fremtidige terminer er det unaturlig å anse kontraktsparten som en kreditor for disse. Således kan man argumentere for at man ikke kan betegne krav for fremtidige terminer som en fordring.

Etter dette kan man legge til grunn at begrepsbruken i aksjeloven §§ 13-14 (1), og 13-15 (1) og (2) for det første tyder på at kun pengekreditorer kan fremme innsigelser i medhold av bestemmelsene. Ordlyden er imidlertid ikke klar, og det er tvilsomt om et slikt meningsinnhold faktisk er tilsiktet. For det andre synes fordringsbegrepet både isolert sett, men særlig sammenholdt med vilkåret om at fordringen må være stiftet før registreringen av fisjonsbeslutningen, å innebære at man ikke kan anses for å være kreditor for fremtidige, uforfalte forpliktelser.

3.2.2 Forarbeidene

Kreditorbegrepet slik det er formulert i dagens aksjelover §§ 13-14 og 13-15, ble under aksjeloven av 1976 brukt både i de daværende regler om kreditorvern ved fusjon og kapitalnedsettelse. Uttalelser om forpliktelseskontinuitet i forarbeidene til aksjeloven av 1976 har fortsatt gyldighet.⁶³ Lovgivningsteknikken i fisjonskapittelet i aksjeloven er for en rekke regler å henvise direkte til fusjonskapittelet. I utgangspunktet kan forarbeidene til aksjeloven av 1976 derfor også ha gyldighet for fisjonsreglene. Reglene

⁶² Jfr. Hagstrøm (2004) s. 37

⁶³ Jfr. Andenæs (2006) s. 604

om kapitalnedsettelse har tjent som mønster for reglene om kreditorvarsel ved fusjon og fisjon, og innholdet av kreditorbegrepet slik det er brukt i aksjeloven §§ 13-14 til 13-15, antas å være sammenfallende med kreditorbegrepet i aksjeloven § 12-6 nr.2.⁶⁴

I proposisjonen til aksjeloven av 1976 ble det i forhold til kreditorinnsigelser ved fusjon uttalt at “for *pengekrav* (min uth.) som er forfalt er det efter departementets mening grunn til å fastholde utkastet i aksjelovinnstillingen” og at “for forfalte krav er (..) betaling den adekvate løsning...”⁶⁵ Videre forutsatte departementet at fusjonen ikke bringer en kredittavtale til opphør, og for disse tilfeller oppstår spørsmål om sikkerhetsstillelse. På bakgrunn av disse uttalelsene synes det forutsatt at det kun er pengekrav kreditor kan kreve betaling eller sikkerhetsstillelse for. Realkreditors stilling synes ikke å ha vært drøftet i proposisjonen verken her, eller i relasjon til kreditorvernet ved kapitalnedsettelse. At krav på annet enn penger falt utenfor kreditorbegrepet, ble under 1976-loven lagt til grunn i juridisk litteratur.⁶⁶

Ved aksjelovrevisjonen, som resulterte i aksjelovene av 1997, ble det i utredningen til aksjelovgruppen slått fast i relasjon til det nye kapittelet om fusjon og fisjon at verken aksjeloven eller EF-direktivet hadde spesielle bestemmelser for andre forpliktelser enn pengeforpliktelser.⁶⁷ Det ble antatt at det ikke virket som om det var behov for spesielle regler om slike forpliktelser, og at de spørsmål som eventuelt måtte oppstå, kunne løses etter alminnelige rettsgrunnsetninger.⁶⁸ Hva som nærmere bestemt kan anses for å ligge i en slik uttalelse er uklart. Problemstillingen ble ikke nærmere omtalt verken i den påfølgende proposisjonen eller i senere utredninger eller proposisjoner.⁶⁹ At andre forpliktelser enn pengeforpliktelser faller utenfor kreditorbegrepet slik det i dag står i §§ 13-14 og 13-15 om fusjon og fisjon, samt i § 12-6 om kapitalnedsettelse, synes således å ha blitt lagt til grunn under aksjelovrevisjonen. Forarbeidene trekker etter dette i

⁶⁴ Se Andenæs (2006) s. 598 og Ot.prp.nr.19 (1974-1975) s. 202 og 203.

⁶⁵ Jfr. Ot.prp.nr.19 (1974-1975) s. 202

⁶⁶ Jfr. Marthinussen (1986) s. 519

⁶⁷ Jfr. NOU 1992:29 s. 197

⁶⁸ I.c.

⁶⁹ Se f.eks NOU 1996:3 og Ot.prp.nr. 23 (1996-1997)

retning av at realkreditorer verken kan kreve oppfyllelse for forfalte krav, eller sikkerhet for uforfalte krav i medhold av aksjeloven §§ 13-15 (1) eller (2).

Når det gjelder fremtidige terminer i løpende kontraktsforhold, ble det i forarbeidene til aksjeloven av 1976 antatt at den daværende bestemmelse om kreditorvarsel ved kapitalnedsettelse klart ikke omfatter fordringer som oppstår etter registreringen av den besluttede kapitalnedsettelse.⁷⁰ På bakgrunn av dette er det videre lagt til grunn at “den som har en løpende avtale med selskapet kan etter departementets mening regelmessig ikke reknes som kreditor for så vidt gjelder framtidige terminer.”⁷¹ I relasjon til reglene om kreditorinnsigelser ved fusjon er ikke proposisjonen like bastant. Det konstateres at i vurderingen av hvem som skal regnes som en kreditor etter fusjonsreglene oppstår det avgrensingsproblemer i forbindelse med løpende forpliktelser, og “trolig bør det anses å være et utgangspunkt her at den annen part ikke kan reknes som kreditor for fremtidige terminer...”⁷² At en medkontrahent ikke kan regnes som kreditor for fremtidige terminer ble her ansett som rimelig på bakgrunn av at avtalen vil kunne heves dersom betaling skulle utebli.⁷³

Under aksjelovrevisjonen fastslår aksjelovutvalget at verken aksjeloven eller EFs tredje selskapsdirektiv inneholder bestemmelser om selskapenes kontraktsparter ved fusjon, men peker på at begge regelsett bygger på kontinuitetsforutsetninger som innebærer at en fusjon ikke er et kontraktsbrudd.⁷⁴

Oppsummeringsvis kan man si at det under aksjeloven av 1976 ble det lagt til grunn “at fysiske og juridiske personer med ensidige aktuelle pengekrav mot selskapet omfattes av kreditorbegrepet.”⁷⁵ Siden forarbeidene til den tidligere aksjeloven fortsatt har gyldighet, og må sies å ha blitt fulgt opp i forarbeidene til aksjelovene av 1997, taler

⁷⁰ Jfr. Ot.prp.nr.19 (1974-1975) s. 68

⁷¹ I.c.

⁷² Jfr. Ot.prp.nr 19 (1974-1975) s. 202

⁷³ Se Ot.prp.nr.19 (1974-1975) s. 68, 202 og 203

⁷⁴ Jfr. NOU 1992:29 s. 198

⁷⁵ Jfr. Marthinussen (1986) s. 519

dette for at oppfatningen må anses for å være utgangspunktet for rekkevidden av kreditorbegrepet etter dagens aksjelov §§ 13-14 og 13-15.

3.2.3 Kreditorbegrepet i EUs sjette selskapsdirektiv

De overnevnte rettskilder taler for at kreditorbegrepet i aksjeloven er begrenset til å omfatte kreditorer med ensidige, aktuelle pengekrav mot selskapet. Når både lovens ordlyd og forarbeider trekker i samme retning, er det naturlig å legge den forståelse til grunn. Siden fisjonsdirektivet er implementert i norsk rett gjennom aksjelovene av 1997, må imidlertid kreditorbegrepet også vurderes i lys av direktivet. Hvis fisjonsdirektivet pålegger medlemslandene å fastsette et bedre vern for kreditorene enn det som følger av norsk rett, kan dette tale for at kreditorbegrepet i aksjeloven §§ 13-15 av domstolene vil tolkes slik at det samsvarer med direktivet. Det samme gjelder dersom beskyttelsesmekanismen som fastsettes i fisjonsdirektivet favner om en videre kreditorgruppe enn de som faller inn under kreditorbegrepet i aksjeloven, og således er vernet etter norsk rett. At medlemslandene må fastsette en ordning som beskytter kreditors stilling ved fisjon, er slått fast i fisjonsdirektivets artikkel 12. Siden det ikke foreligger noen offisiell norsk versjon av direktivteksten, vil jeg i det følgende vise til den danske versjonen.

Det danske fisjonsdirektivets artikkel 12 lyder:

1. I medlemsstaternes lovgivninger skal der fastsættes en passende ordning til sikring af de rettigheder, som tilkommer kreditorer hos de selskaber, der deltager i spaltningen, hvis fordringen er stiftet forud for spaltningsplanens offentliggørelse og ikke er forfaldne på tidspunktet for denne offentliggørelse.
2. Med henblik herpå skal det i medlemsstaternes lovgivninger i det mindste bestemmes, at kreditorerne har krav på passende sikkerhed, såfremt den finansielle situation i det spaltede selskab og i det selskab, til hvilket forpligtelser overdrages efter spaltningsplanen, gør denne beskyttelse nødvendig, og såfremt kreditorerne ikke allerede har en sådan sikkerhed.

Det første som kan trekkes frem er at fisjonsdirektivets artikkel 12 på bakgrunn av sin ordlyd må oppfattes som en bestemmelse som kun fastsetter minimumskrav til medlemslandenes beskyttelsesordning. Dette kommer frem i artikkelens (2) gjennom formuleringen “i det mindste”. Et minimumsdirektiv innebærer at medlemslandene kan gi kreditorer et sterkere vern enn det som følger av direktivet, og er av en annen karakter enn direktiver som har til hensikt å sørge for å harmonisere rettsreglene på et område i alle medlemslandene. Gir aksjeloven § 13-15 kreditorene et bedre vern enn det som følger av minimumskravene i fisjonsdirektivet, vil direktivet gi liten veiledning ved tolkningsspørsmål av de norske reglene. Gir imidlertid aksjeloven § 13-15 kreditorene et dårligere vern enn det som følger av direktivet, taler det på sin side for at den norske lovteksten bør tolkes slik at direktivkonformitet oppnås.⁷⁶

Fisjonsdirektivet pålegger medlemslandene å fastsette en ordning som beskytter de “rettigheter” som tilkommer kreditorene ved fisjon. Språklig sett kan en slik formulering anses for å favne videre enn kun rettigheter som utgjør et pengekrav. I den danske direktivteksten benyttes flere av de samme begrepene som i aksjeloven § 13-15. Både kreditorbegrepet og fordringsbegrepet i direktivet vil i utgangspunktet ha samme betydning som i norsk rett. Aksjeloven § 13-15 synes å ligge nært opp til den danske direktivteksten hva gjelder begrepsbruk. Den engelske versjonen taler om “*claims*”. På engelsk utelukker ikke ordet “*claims*” krav på annet enn penger, men i dagligtalen er begrepet ofte begrenset til dette, i likhet med fordringsbegrepet etter norsk og dansk rett. Den franske versjonen taler om “*les créances*” og den tyske versjonen av direktivet anvender begrepet “*Forderungen*”. Begge tilsvarer begrepet “*claims*” på engelsk og “*fordring*” på norsk eller dansk. Den synes ikke å foreligge praksis fra EU-domstolen som kan belyse rekkevidden av direktivet på dette området.

Direktivteksten gir ikke grunn til å anta at ikke aksjeloven § 13-15 er i samsvar med direktivet, hvis kreditorbegrepet i § 13-15 anses for å være begrenset til pengekreditorer med ensidige og aktuelle krav mot selskapet.

⁷⁶ Jfr. Giertsen (1999) s. 71

Under aksjelovrevisjonen mente aksjelovutvalget at “aksjelovens ordning til beskyttelse av kreditorer med pengekrav... er i hovedsak i samsvar med EFs tredje selskapsdirektiv art 13”.⁷⁷ Videre konstateres det at “for så vidt angår andre forpliktelser enn pengeforpliktelser, har verken aksjeloven eller EF-direktivet spesielle bestemmelser”.⁷⁸ Den nærmere rekkevidden av direktivteksten i forhold til hvilke rettigheter eller interesser en kreditor medlemslandene må fastsette en sikkerhetsordning for, synes ikke å ha vært gjenstand for nærmere vurdering.

Fisjonsdirektivet synes etter dette å pålegge medlemslandene et minimum av beskyttelse for kreditorene ved fisjon, et krav som aksjeloven § 13-15 må sies å oppfylle. Det er ingen særlige holdepunkter for at aksjeloven § 13-15 ikke er i samsvar med direktivet når det gjelder minimumskravene som angis for kreditorbeskyttelse ved fisjon. Siden norsk rett her synes å være i samsvar med de EØS-rettslige forpliktelser, gir direktivteksten liten veiledning ved tolkningen av kreditorbegrepet i norsk rett.

3.2.4 Foreløpig oppsummering

På bakgrunn av det overstående kan det legges til grunn at kreditorbegrepet i aksjeloven §§ 13-14 og 13-15 tradisjonelt sett synes begrenset til å omfatte kreditorer med ensidige pengekrav mot selskapet, både i relasjon til forfalte og uforfalte fordringer. Kontraktsparter med denne typen krav vil falle inn under kreditorbegrepet i aksjeloven §§ 13-14 og 13-15 og har således en sterk stilling ved fisjon.

Verken kontraktsparter som er realkreditorer eller som har fremtidige, uforfalte krav mot selskapet synes imidlertid å kunne fremme innsigelser mot fisjonen i medhold av aksjeloven § 13-15 (1) eller (2). Dette må sies å følge av lovens ordlyd, sammenholdt med forarbeidene. Denne forståelsen av kreditorbegrepet er også fulgt opp og lagt til grunn i juridisk teori både i relasjon til aksjeloven av 1976 og aksjelovene av 1997.⁷⁹ I

⁷⁷ Jfr. NOU 1992:29 s. 197

⁷⁸ I.c.

⁷⁹ Se henholdsvis Marthinussen (1986) s. 519 og f.eks Kommentartutgave til aksjeloven og allmennaksjeloven (2004) s. 823 og Andenæs (2006) s. 575

tillegg formodes et slikt kreditorbegrep å være i samsvar med kravene som stilles i EUs sjette selskapsdirektiv.

Begrunnelsen for et slikt avgrenset kreditorbegrep må søkes i det overdragende selskaps interesse i å kunne gjennomføre virksomhetsendringer som er samfunnsmessig ønskelige, uten å bli hindret av de alminnelige regler om debtorskifte. Kreditorvernet er som tidligere fremhevet motstykket til kontinuitetsprinsippet ved fisjon, og det har en viktig funksjon siden kreditorers interesser åpenbart kan bli skadelidende når debtorselskapet fisionerer. Kontinuitetsprinsippet er et klart unntak fra de alminnelige regler som beskytter en kreditor mot at en debitor kan sette en annen i sitt sted uten samtykke fra kreditor selv. Når et slikt unntak tillates, kan ikke dette skje fullstendig på bekostning av interessene som beskyttes av den alminnelige formuerettslige hovedregel. Kreditorvernet kan imidlertid ikke strekkes så langt at det i praksis ikke vil være noen realitet i kontinuitetsprinsippet. Hvis alle kontraktspartene til det fisionerende selskap kunne fremme innsigelser, vil dette kunne ha blitt resultatet. Som nevnt innledningsvis vil det ofte være av stor, om ikke avgjørende betydning, for det fisionerende selskap å kunne bygge videre på eksisterende kontraktsforhold. Kontinuitetsbetraktninger trekker således i retning av at kreditorbegrepet bør tolkes snevert. Å avgrense kreditorbegrepet mot kreditorer med andre krav enn penger, eller med krav som må anses for å være fremtidige, kan for så vidt fremstå som en naturlig avgrensning.

Selv om det tradisjonelle kreditorbegrepet må sies å ha en sterk forankring i norsk rett, kan det diskuteres om et like snevert kreditorbegrep også er riktig å legge til grunn ved fisjon, som ved fusjon og kapitalnedsettelse. Reglene om kreditorvarsel og – innsigelser ved kapitalnedsettelse som har tjent til mønster for de tilsvarende regler for fusjon og fisjon. I forarbeidene til 1976-loven ble det uten videre lagt til grunn for fusjon at kreditorbegrepet slik det er brukt bestemmelsen som tilsvarende § 13-14, omfatter det samme som kreditorbegrepet i § 12-6.⁸⁰ Når det i aksjeloven av 1997 ble innført regler om fisjon, ble det for en rekke av bestemmelser, herunder bestemmelsene om kreditorvarsel og kreditorvern, kun henvist direkte til fusjonskapittelet. Det kan således argumenteres for at denne lovgivningsteknikken ikke fullt ut tar høyde for de

⁸⁰ Jfr. Kommentartutgave til aksjeloven og allmennaksjeloven (2004) s. 823

særlige følger en fisjon kan medføre for selskapets kontraktsparter. Mens en kontraktspart ved fusjon fortsatt vil ha hele selskapsmassen i behold etter fisjonen, vil denne ved fisjon være spredt på flere selskaper. En fisjon vil alltid medføre at det overdragende selskapet har mindre aktiva etter fisjonen enn tidligere, noe som faktisk er med på å svekke dekningsmuligheten til medkontrahentene. Selv om solidaransvarsregelen i aksjeloven § 14-11 (3) i en viss grad bøter på dette, må det i de fleste tilfeller være riktig å legge til grunn at kreditorene til et selskap som fisjonerer rent faktisk kommer i en mer sårbar situasjon enn kreditorene til et selskap som er involvert i en fusjon. Ved fisjon kan også ekspertisen eller de midlene som kreves for å oppfylle kontrakten, deles på flere selskaper. Kontraktsparten som har inngått en avtale med selskapet kan ha gjort dette i tillitt til særlige egenskaper eller annet potensiale, som etter fisjonen ikke lenger vil være i behold. På denne bakgrunn kan det hevdes at reelle hensyn taler mot å legge et like snevert kreditorbegrep til grunn for fisjon som ved fusjon og kapitalnedsettelse.

3.3 Et relativt kreditorbegrep

3.3.1 Innledning

Rimelighetsbetraktninger synes å tale for at kontraktsparter som ikke umiddelbart omfattes av kreditorbegrepet i §§ 13-14 og 13-15 ikke bør være helt uten mulighet til å fremme innsigelser for å ivareta sine interesser ved fisjon. Det tradisjonelle kreditorbegrepet må sies i enkelte tilfeller å utsette selskapets kontraktsparter for en forskjellsbehandling uten at det er særlige reelle grunner som verken tilsier at ulik behandling av ulike kontraktsparter er tilsiktet eller godt begrunnet.

Når det under aksjelovrevisjonen ble slått fast at aksjeloven ikke har bestemmelser om kontraktsparters stilling ved fisjon, tyder dette på at selskapets kontraktsparter som ikke omfattes av det tradisjonelle kreditorbegrep må finne seg i et debtorskifte ved fisjon. Likevel kan ikke aksjeloven §§ 13-14 og 13-15 anses for å utelukke at selskapets kontraktsparter, som ikke er å anse som selskapets kreditorer tradisjonelt sett, kan fremme innsigelser ved fisjon når hensynet bak kreditorvernreglene også gjør seg gjeldende for disse.

Det kan således argumenteres for at i den grad det fisjonerende selskaps kontraktsparter har et reelt og nødvendig behov for å fremme innsigelser mot fisjonen for å sikre sine krav mot det overdragende selskap, bør disse også omfattes av kreditorbegrepet i aksjeloven §§ 14-7 jfr. 13-14 og 13-15 (1) og (2). Dette kan også uttrykkes som om at kreditorbegrepet bør strekkes så langt at det omfatter alle de tilfeller der formålet med kreditorvernet slår inn med full tyngde.

Et kreditorbegrep som kan tolkes utvidende til å omfatte de kontraktsparter som i det enkelte tilfellet vil ha behov for sikkerhetsstillelse for sine krav, vil i det følgende betegnes som et relativt kreditorbegrep.

3.3.2 Hjemmel for et relativt kreditorbegrep

Etter norsk rett i dag må anses som usikkert om det i det hele tatt er holdbart å operere med et relativt kreditorbegrep. Den tradisjonelle oppfatning om at kreditorbegrepet i aksjeloven §§ 13-14 og 13-15 kun omfatter kreditorer med ensidige og aktuelle pengekrav har bred forankring i norsk rett. Dette taler for at nettopp denne forståelsen skal legges til grunn, uansett om det vil være rimelig eller ikke i det enkelte tilfellet

I juridisk teori er det imidlertid åpnet for at realkreditorer bør omfattes av kreditorbegrepet i den grad de reelt sett kan sammenlignes med pengekreditorer i relasjon til aksjeloven § 13-15.⁸¹ Det fremheves at selv om ordet *betaling* tyder på at kun pengekreditorer omfattes, utelukker ikke begrepet *kreditor* andre typer kreditorer enn pengekreditorer. Giertsen (1999) hevder lovteksten ikke gir noen sikker løsning, og når ordlyden ikke er klar, kan reelle hensyn få vekt. Videre angis at “det må her ha betydning om kravshaveren har et behov for en kreditorposisjon i relasjon til reglene om kreditorvarsel.”⁸² Selv om det kun er realkreditors stilling som her diskuteres, må et tilsvarende synspunkt kunne legges til grunn for også andre kontraktsparter som har behov for en kreditorposisjon i relasjon til § 13-15.

⁸¹ Jfr. Giertsen (1999) s. 280-281, samt Andenæs (2006) s. 575 som støtter en slik oppfatning

⁸² Jfr. Giertsen (1999) s.281

At reelle hensyn og således behovet for vern kan få betydning i forhold til rekkevidden av kreditorbegrepet ble også lagt til grunn av Høyesteretts Kjæremålsutvalg i Rt.1992 s. 966. Problemstillingen var om overdragende selskap ved fusjon pliktet å stille sikkerhet når selskapet var selvskyldnerkausjonist for leieforpliktelser i et løpende leieforhold. Det var altså ikke tale om at hoveddebitor for leieforpliktelsen skulle fusjonere, men selvskyldnerkausjonisten for hoveddebitor. Spørsmålet var nærmere bestemt om hoveddebitor kunne anses for å være kausjonistens “kreditor” etter aksjeloven 1976 § 14-6 (2), som i dag tilsvarer aksjeloven § 13-15 (2). Både skifteretten og lagmannsretten⁸³ kom til at hoveddebitor i relasjon til overdragende selskap ikke stod i et kreditorforhold som omfattes av bestemmelsen. Underrettene baserte sine avgjørelser på at forholdet ikke hadde falt inn under kreditorbegrepet i § 13-15 (2) dersom det var hoveddebitor selv som fusjonerte. Dette på bakgrunn av forarbeider og juridisk teori som legger til grunn at en kreditor for en uoppfylt kontrakt som hovedregel ikke kan fremme innsigelser mot en fusjon. På bakgrunn av at det ville være urimelig om utleier skulle stilles bedre når kausjonisten fusjonerer enn når hoveddebitor gjør det, konkluderte begge underrettene med at overdragende selskap som selvskyldnerkausjonist ikke pliktet å stille sikkerhet når dette skulle fusjoneres inn i et annet selskap.

Kjæremålsutvalget kom til den motsatte konklusjon. Kjæremålsutvalget velger uttrykkelig ikke å ta stilling til hvordan dette spørsmålet hadde måttet løses hvis overdragende selskap selv var hoveddebitor for forpliktelsen. Spørsmålet om medkontrahentens adgang til å fremme innsigelser mot en kontrakt som sådan, lar de dermed stå åpent. Det vises likevel til at kreditor i et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold vil ha den sikkerhet om ligger i hevingsadgangen, hvis debitor misligholder. For en kausjonist mener Kjæremålsutvalget at dette stiller seg annerledes, da kreditor i forhold til kausjonisten ikke har noen motytelse å holde tilbake hvis kausjonsforpliktelsen skulle aktualisere seg. Kjæremålsutvalget konkluderer som følger: “Behovet for sikkerhet for at kausjonisten også etter han har fusjonert vil kunne oppfylle sine forpliktelser når de forfaller, tilsier at kreditor kan kreve at kausjonisten

⁸³ Begge underrettskjennelsene er upubliserte. Kjennelse ble avsagt av Bergen skifterett 26.november 1991 og av Gulating lagmannsrett 09.mars 1992 (kjæremålssak nr. 92-0122).

stiller sikkerhet som bestemt i aksjeloven 14-6 (2) [som tilsvarer aksjeloven av 1997 § 13-15 (2)].”⁸⁴

Høyesteretts kjæremålsutvalg tolker altså kreditorbegrepet i aksjeloven § 13-15 (2) utvidende på bakgrunn av at det forelå et reelt behov for beskyttelse for kreditor. Poengene som fremheves i dommen, må også kunne anvendes analogisk på andre kreditorer enn de kjæremålet direkte omhandlet, når de har krav som gjør at de ikke umiddelbart faller inn under kreditorbegrepet i aksjelovens fisjonsbestemmelser.

Det primære formålet med fisjonsreglene er å gi hjemmel til det selskapsrettslige kontinuitetsprinsipp slik at virksomhetsendringer som er ønskelig både fra samfunnets og det enkelte selskaps side kan gjennomføres uten å bli hindret av de alminnelige regler om debitorskifte. Kreditors interesser har lovgiver satt i andre rekke ved fisjon. Formålet bak §§ 13-14 og 13-15 er ikke å styrke kreditors posisjon, men sørge for at posisjonen ikke forringes ved fisjonen.⁸⁵ Dette taler for å utøve varsomhet med å tolke kreditorbegrepet utvidende slik at ikke prinsippet om forpliktelseskontinuitet ved fisjon undergraves i praksis.

Reelle hensyn taler imidlertid for at kreditorbegrepet ved fisjon bør tolkes utvidende til å omfatte selskapets kontraktsparter som umiddelbart ikke kan anses som “selskapets kreditorer” etter aksjeloven §§ 13-14 og 13-15 tradisjonelt sett, når kontraktsparten har et reelt behov for å kreve oppfyllelse etter aksjeloven § 13-15 (1) eller sikkerhetsstillelse etter § 13-15 (2). En forutsetning må være at ingen reelle hensyn kan begrunne en forskjellsbehandling i relasjon til kreditorvernet av disse kreditorene i forhold til pengekreditorene som klart omfattes av vernet. En slik oppfatning må også kunne sies å ha støtte i rettspraksis samt i juridisk teori.

⁸⁴ Se Rt.1992 s.966 (s. 969)

⁸⁵ Jfr. LB-2010-031162

3.3.3 Rettslige konsekvenser av et relativt kreditorbegrep

Selv om gode grunner taler for å legge til grunn et relativt kreditorbegrep ved fisjon, er det likevel ikke til å se bort fra at et relativt kreditorbegrep kan være uheldig for fisjonsinstituttets effektivitet. Et relativt kreditorbegrep kan for det første tenkes å medføre en stor økning i antall tvister som måtte oppstå i forhold til om den enkelte kontraktspart har et reelt behov for beskyttelse eller ikke. Både de prosessøkonomiske hensyn og hensynet til selskapets behov for å kunne gjennomføre fisjonen innen en rimelig tid taler for å ha et kreditorbegrep som ikke krever skjønsmessige vurderinger, men er retts teknisk enkelt å håndtere.

For det andre kunne et relativt kreditorbegrep føre til et økende antall sikkerhetsstillelser for det fisjonerende selskap, siden et større antall medkontrahenter vil være i posisjon til å kreve slik sikkerhetsstillelse. Det vil være begrenset hvor mange sikkerhetsstillelser et selskap er i stand til å frembringe. I praksis kan det medføre at fisjonen ikke kan gjennomføres. Et relativt kreditorbegrep kan stå i veien for fisjoner som kan være samfunnsmessig ønskelige. For det tredje vil et relativt kreditorbegrep medføre at den rettslige stillingen til en rekke kontraktsparter vil være usikker ved fisjon. Ved å ha et forutsigbart kreditorbegrep, kan partene enklere innrette seg allerede ved inngåelsen ved kontrakten hvis det er av betydning for kontraktsparten at motparten ikke fisjonerer i løpet av kontraktstiden.

På grunn av de faktiske konsekvenser som en fisjon kan få for selskapets kontraktsparter, synes det likevel under tvil å kunne legges til grunn at kreditorbegrepet i aksjeloven §§ 14-7 jfr. 13-15 kan tolkes utvidende ved fisjon, slik at kreditorbegrepet ved fisjon kan betegnes som relativt. Selskapets kontraktsparter som umiddelbart ikke kan anses som "selskapets kreditorer" etter aksjeloven §§ 13-14 og 13-15 tradisjonelt sett, må derfor kunne fremme innsigelser når kontraktsparten i den grad de har et tilsvarende behov som selskapets kreditorer for å kreve oppfyllelse etter aksjeloven § 13-15 (1) eller sikkerhetsstillelse etter § 13-15 (2).

Den nærmere rekkevidden av et relativt kreditorbegrep må bero på når realkreditorer, og medkontrahenter i gjensidig bebyrdende kontraktsforhold med selskapet, har et klart og påtrengende behov for en kreditorposisjon i relasjon til §§ 13-14 og 13-15. En

kontraktsparts behov for betaling eller sikkerhetsstillelse vil bero på i hvilken grad deres rettigheter er beskyttet gjennom andre rettslige mekanismer. I forarbeidene til aksjeloven av 1976 ble det som nevnt ansett rimelig at kreditor for fremtidige kontraktsforpliktelser ikke kunne kreve sikkerhet for sine krav på bakgrunn av at de kunne heve avtalen hvis avtalen ble misligholdt. Når kreditors interesser er sikret gjennom for eksempel kontraktsrettslige regler vil ikke behovet for en kreditorposisjon i relasjon til § 13-15 være like påtrengende.

3.4 Ulike kontraktsforhold – et forsøk på å trekke opp grensene for et relativt kreditorbegrep

3.4.1 Innledning

Selskapets kontraktsparter vil strekke seg fra å være de rene pengekreditorene med opptjente pengekrav mot selskapet, til realkreditorer med enda ikke opptjente krav etter en gjensidig bebyrdende avtale. Førstnevnte omfattes klart av det tradisjonelle kreditorbegrepet, mens sistnevnte faller i utgangspunktet utenfor. Mellom disse to ytterpunktene vil det være en rekke kontraktsforhold som det tradisjonelle kreditorbegrep ikke omfatter, men som kan tenkes omfattet av et relativt kreditorbegrep.

I dette avsnittet vil jeg forsøke å trekke opp enkelte grenser for et relativt kreditorbegrep ved å gå gjennom ulike typer kontraktsforhold der kontraktsparten ikke umiddelbart kan anses for å være selskapets kreditor etter det tradisjonelle kreditorbegrep i aksjeloven §§ 13-14 og 13-15. Det sentrale hensyn bak kreditorvernet er å sørge for at kreditors mulighet til å få sin fordring dekket ikke forringes ved fisjonen. Grensedragningen vil bero på når formålet med kreditorvernreglene gjør seg gjeldende med full styrke for selskapets kontraktsparter som i utgangspunktet ville falt utenfor lovens kreditorbegrep. Når disse hensynene ikke gjør seg gjeldende er det ingen hensyn som kan forsvare en utvidende tolkning av kreditorbegrepet i aksjeloven §§ 13-14 og 13-15.

3.4.2 Realkreditorer med forfalte krav

Hvis selskapets kontraktspart har et forfalt krav på annet enn penger mot selskapet, er aksjeloven § 13-15 (1) den relevante bestemmelsen. Mens en pengekreditor med forfalt

fordring etter bestemmelsen kan kreve fordringen betalt før fisjonen kan gjennomføres, står en tilsvarende realkreditor uten tilsvarende mulighet til å få sin fordring innfridd, hvis det tradisjonelle kreditorbegrepet legges til grunn.

Her er det i utgangspunktet ingen hensyn som tilsier at realkreditorer skal være dårligere stilt i en fisjonssituasjon enn pengekreditorer. De hensyn som begrunner et kreditorvern for pengekreditorer med forfalte krav mot det fisjonerende selskap, gjør seg gjeldende for realkreditorer med samme styrke. Følgene av fisjonen kan i realiteten få større negative konsekvenser for en realkreditor enn en pengekreditor, fordi den kompetanse eller fremstillingsmidler som er nødvendige for leveringen av realytelsen etter fisjonen kan være spredt på flere selskaper. En realkreditor med forfalt krav mot selskapet heller vil ikke ha noen sikkerhet for sitt krav gjennom andre regler.

For det overdragende selskap kan det i praksis være mer byrdefullt å innfri et forfalt krav på realytelse enn et forfalt pengekrav. I enkelte tilfeller kan det være umulig. I så fall er det nærliggende at kontraktsparten kan fremme innsigelse i form av å kreve sin oppfyllelsesinteresse dekket. I så fall vil hensynet til det overdragende selskap ikke veie tungt. I juridisk teori er det som nevnt også langt til grunn at det ikke synes å være reelle grunner som tilsier at en kjøper med et aktuelt krav på en salgsgjenstand skal stå svakere ved fisjon enn pengekreditorer.⁸⁶ Det må derfor være forsvarlig å legge til grunn at i den grad en pengekreditor med forfalt fordring mot selskapet kan fremme innsigelser mot fisjonen etter § 13-15 (1), må også en realkreditor med forfalt fordring mot det fisjonerende selskap gjøre dette. Et relativt kreditorbegrep vil derfor omfatte realkreditorer med forfalte krav mot selskapet.

En realkreditor med forfalt fordring vil imidlertid på bakgrunn av kontraktsrettslige misligholdsbeføyelser enkelte ganger kunne omgå hele denne problematikken. Er en realytelse forfalt vil den ofte være misligholdt. Hvis det foreligger grunnlag for å heve avtalen eller kreve erstatning for oppfyllelsesinteressen etter alminnelige kontraktsrettslige misligholdsregler vil en realkreditor kunne omgjøre sitt krav på en naturalytelse til et pengekrav. Pengekravet vil være forfalt fra det tidspunkt da

⁸⁶ Jfr. Giertsen (1999) s. 281 og Andenæs (2006) s. 575

misligholdet inntraff, og så lenge dette tidspunktet er før registreringen av fisjonsbeslutningen må kravet klart kunne kreves betalt etter § 13-15 (1). Kontraktsparten vil her omfattes av det tradisjonelle kreditorbegrepet, og kan fremme innsigelser uten å gå veien om å påberope seg et relativt kreditorbegrep.

3.4.3 Realkreditorer med uforfalte krav

3.4.3.1 Kontraktsparten har forhåndsbetalt for en realytelse

Med medkontrahenter som på bakgrunn av avtale med det overdragende selskap har et uforfalt krav på en realytelse, kan man skille mellom to ulike tilfeller der medkontrahenten kan ha behov for en kreditorposisjon i medhold av aksjeloven §§ 13-14 og 13-15 (2).

Det første tilfellet gjelder medkontrahenter som har forhåndsbetalt for en naturalytelse som skal ytes fra selskapets side først etter fisjonen har trådt i kraft. I likhet med en kreditor som har et forfalt krav på annet enn penger mot det fisjonerende selskap, vil det for en realkreditor med et ubetinget, ikke forfalt krav mot selskapet ikke være noen reelle grunner som tilsier at denne skal stå svakere stilt enn en pengekreditor når debitorselskapet fisjonerer. For uforfalte fordringer vil sikkerhetsstillelse i medhold av aksjeloven § 13-15 (2) være den aktuelle innsigelse, og for selskapet vil det ikke være mer byrdefullt å stille sikkerhet for en realkreditor enn en pengekreditor.

Når kontraktsparten har forhåndsbetalt for en realytelse, vil ikke kontraktsparten ha mulighet til å holde tilbake sin egen ytelse som sikkerhet for kravet, hvis selskapet som skal hefte for forpliktelsen etter fisjonen ikke ser ut til å kunne oppfylle som avtalt. Det virker lite betenkelig å operere med et relativt kreditorbegrep som lar kontraktsparter med krav på realytelser fremme innsigelser med fisjonen, i den grad de hadde kunnet fremme innsigelser hvis de hadde et tilsvarende pengekrav mot selskapet etter § 13-15 (1) og (2). Som ved realkreditorer med forfalte krav mot selskapet bør et relativt kreditorbegrep etter dette anses for å omfatte realkreditorer med et aktuelt, uforfalt krav mot det overdragende selskap. Kontraktsparten bør derfor kunne kreve sikkerhetsstillelse for sitt krav etter aksjeloven § 13-15 (2).

3.4.3.2 Kontraktsparten har en opsjon på kjøp av en realytelse

Det andre tilfellet gjelder en kontraktspart som ved avtale med overdragende selskap har kontraktsfestet en rett til å kjøpe en realytelse fra selskapet på et senere tidspunkt. Dette tidspunktet viser seg å bli etter kontraktsmotparten, det vil si overdragende selskap, har fisjonert. Spørsmålet er altså om kontraktsparten kan kreve sikkerhet for opsjonen i medhold av aksjeloven § 13-15 (2). Det er forutsatt at det tidligste tidspunkt for utøvelse av opsjonen først er etter fisjonen antas å ha trådt i kraft. Det følgende må trolig legges også til grunn for tilfellet der kontraktsparten har en opsjon eller avtale om salg av en realytelse til selskapet, slik at kontraktsparten er pengekreditor.

I dette tilfelle vil kontraktsmotparten ha en kontraktsrettslig beskyttelse gjennom det alminnelige prinsippet om detensjonsrett. I kontraktsretten er det et prinsipp om ytelse mot ytelse, også kalt samtidighetsprinsippet, som innebærer at i mangel av avvikende avtale plikter ikke realdebitor å gi fra seg sin ytelse, uten samtidig å motta pengevederlaget, og omvendt.⁸⁷ På bakgrunn av dette prinsippet får dermed hver av partene sikkerhet i egen ytelse. Detensjonsretten er nærmere definert som selve retten til å holde tilbake sin egen ytelse på grunn av kontraktsmotpartens mislighold.

Uansett om det er kontraktsmotparten eller selskapet som skal yte først, vil medkontrahenten i dette tilfelle få anledning til å vurdere selskapets evne til å oppfylle, før de eventuelt betaler for naturalytelsen de har krav på. Når ingen av partene skal yte sin ytelse før fisjonens ikrafttredelse, vil realkreditor i ha sikkerhet i egen ytelse, og vil således ikke ha et påtrengende behov for en kreditorposisjon i relasjon til aksjeloven §§ 13-14 og 13-15.

Disse synspunkter må også legges til grunn for det tilfellet at kontraktsparten ikke bare har en kontraktsfestet *rett* til å kjøpe en realytelse på et senere tidspunkt, men også der kontraktsparten har *forpliktet* seg til å kjøpe en realytelse av selskapet på et senere tidspunkt. Kontraktsparten vil også her ha sikkerhet i egen ytelse og har derfor ikke noe reelt behov for å fremme innsigelser mot fisjonen.

⁸⁷ Jfr. Hagstrøm (2004) s. 353

Verken kontraktsparter med en rett eller plikt til å kjøpe en realytelse av det overdragende selskap kan anses for å være “selskapets kreditor” etter aksjeloven §§ 13-14 og 13-15.

3.4.4 Kontraktsparter med betingede krav

En kontraktspart kan ha et betinget krav mot selskapet som fisjonerer. Det som kjennetegner et betinget krav er at kravet først utløses når en nærmere bestemt betingelse er oppfylt. Kravet forfaller ikke før betingelsen er oppfylt, og sikkerhetsstillelse etter § 13-15 (2) vil derfor være aktuelt for denne typen krav. For betingede krav er argumentene anført i Kjæremålsutvalgets kjennelse gjengitt i Rt.1992 s. 966 relevante. Kjennelsen er nærmere beskrevet overfor i avsnitt 3.3.2. Kjæremålsutvalget la til grunn en medkontrahent var å anse som kreditor for betingede, uforfalte fordringer, og når kreditor ikke hadde mulighet til å sikre sine interesser ved heving, tilsa det at sikkerhet kunne kreves. Siden kontraktsparter med betingede krav ikke vil ha noen motytelse å holde tilbake mot selskapet hvis kausjonsforpliktelsen skulle aktualisere seg, vil kontraktsparten være i en svært utsatt posisjon ved fisjon. Dette taler for at kontraktsparter med betingede krav mot det overdragende selskapet bør dekkes av et relativt kreditorbegrep, slik at disse kan kreve sikkerhetsstillelse etter § 13-15 (2).

Dette utgangspunktet må modifiseres for tilfeller hvor det er svært lite sannsynlig at den aktuelle begivenheten inntreffer. Helt hypotetiske begivenheter vil det være en uforholdsmessig byrde for selskapet å stille sikkerhet for. Det bør derfor skilles mellom konkrete betingede krav som følger av avtale mellom kontraktsparten og selskapet, slik som kausjonsansvar, og hypotetiske krav.

3.4.5 Kontraktsparter med uforfalte, fremtidige krav mot selskapet

Siden fremtidige krav etter en kontrakt er uforfalte, er det også her sikkerhetsstillelse etter § 13-15 (2) som er den aktuelle innsigelse. I aksjelovens forarbeider er det som nevnt antatt at kreditor for løpende forpliktelser ved fisjon vil kunne heve avtalen dersom betaling uteblir, og et behov for en kreditorposisjon for disse partene vil ikke

være tilstede.⁸⁸ I Rt.1992 s. 966 er det også knyttet enkelte bemerkninger til denne problemstillingen. Kjæremålsutvalget lar det uttrykkelig stå åpent hvordan spørsmålet om en kreditor for et løpende leieforhold kan kreve sikkerhet dersom hoveddebitor fusjonerer generelt sett må løses. Likevel bemerker Kjæremålsutvalget at "... kreditor i et gjensidig bebyrdende forhold overfor hoveddebitor vil ha den sikkerhet som ligger i at han kan heve avtalen når motytelsen uteblir."⁸⁹

Å avgrense kreditorbegrepet mot kontraktsparter som vil ha den sikkerheten hevingsretten innebærer for fremtidige forpliktelser, vil ha gode grunner for seg. Ved å heve vil kontraktsparten fri seg fra sin egen ytelsesplikt i fremtiden. Likevel kontraktsparten komme i en sårbar situasjon hvis kontrakten forutsetter at kontraktsparten for eksempel betaler forskuddsvis for det overdragende selskaps løpende forpliktelser. Ved løpende forpliktelser vil det aldri skje en samtidig utveksling av ytelsene. Kontraktsparten vil i slike kontraktsforhold ha den sikkerhet som ligger i hevingsretten for fremtidige terminer, men vil ikke ha noen sikkerhet for den siste terminbetaling kontraktsparten har ytet før misligholdet skjer. Dette kan tale for å legge til grunn en mellomløsning som for eksempel kan innebære at kontraktsparten anses som "selskapets kreditor" etter § 13-15 (2) for de verdier kontraktsparten ikke kan sikre seg gjennom detensjonsrett eller hevingsrett. Der kontraktsparten etter kontrakten med selskapet alltid skal yte først, og for eksempel en terminbetaling utgjør store verdier, kan dette tale for at selskapets medkontrahent skal anses for å være "selskapets kreditor" i relasjon til aksjeloven §§ 13-14 og 13-15 (2), slik at vedkommende kan kreve sikkerhetsstillelse for den termin vedkommende risikerer å ikke få dekning for, og heller ikke kan utøve detensjonsrett eller hevingsrett for. Kjæremålsutvalgets uttalelser i Rt.1992 s.966 kan i hvert fall ikke sies å utelukke en slik mellomløsning. Ved å uttrykkelig ikke ta stilling til om en kontraktspart generelt sett kan regnes som kreditor for fremtidige terminer, kan dette indikere at løsningen må bero på hva som er rimelig i det enkelte tilfelle. Det kan imidlertid retsteknisk sett være vanskelig å håndtere en slik mellomløsning i praksis. Det kan for eksempel lett oppstå tvister om omfanget av en sikkerhetsstillelse.

⁸⁸ Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) s. 68

⁸⁹ Jfr. Rt. 1992 s.966 (s.968)

Selv fisjonen faktisk kan innebære at kontraktspart med fremtidige, uforfalte krav mot selskapet klart kan komme i en usikker stilling når selskapet fisjonerer, er det vanskelig å strekke kreditorbegrepet så langt at også disse kontraktspartene kan fremme innsigelser mot fisjonen. Kontinuitetsprinsippet synes her slå igjennom, slik at en kontraktspart med fremtidige, uforfalte krav mot selskapet må finne seg i et debitorskifte, også ved fisjon. Disse kontraktspartene faller således ikke inn under verken det tradisjonelle eller det relative kreditorbegrep, og kan dermed ikke fremme innsigelser mot fisjonen etter § 13-15 (2).

4 Kontraktspartens stilling etter fisjonens ikrafttredelse

4.1 Innledning

I tillegg til det preventive kreditorvernet i aksjeloven §§ 14-7 jfr. §§ 13-14 og 13-15, er de øvrige selskapenes solidaransvar for overdragende selskaps forpliktelser i aksjeloven § 14-11 (3) som nevnt et sentralt element i et effektivt kreditorvern ved fisjon.

Solidaransvarsregelen er motstykket til at fisjonen medfører at kreditors mulige dekningsobjekter er spredt på flere selskaper.⁹⁰ Solidaransvaret inntreer uansett om det er stilt sikkerhet for forpliktelsen på forhånd eller ikke, og er heller ikke betinget av at kreditor for forpliktelsen har fått en kreditorposisjon i relasjon til aksjeloven §§ 14-7 jfr. 13-14 og 13-15. Solidaransvaret i § 14-11 (3) kommer således i tillegg til det ansvar det selskapet som etter fisjonsplanen er tildelt fordringen har, og det som det kan kreves sikkerhet for etter aksjeloven § 13-15.⁹¹ I drøftelsen vil det ikke tas i betraktning om det er stilt sikkerhet for forpliktelsen etter § 13-15 eller ikke. Det vil også ses bort fra begrensningen i solidaransvaret som ligger i § 14-11 (3) annet punktum, da rammene for oppgaven ikke tillater en behandling av dette.

Aksjeloven § 14-11 (3) lyder:

“Hvis det selskapet som skal hefte for en forpliktelse etter fisjonsplanen, ikke oppfyller forpliktelsen, hefter de selskapene som har deltatt i fisjonen, solidarisk for forpliktelsen. Heftelsen er likevel for hvert av de øvrige selskapene begrenset til et beløp tilsvarende den nettoverdien som tilfalt selskapet ved fisjonen”.

Selv om det ikke fremkommer uttrykkelig av bestemmelsen, må det antas at solidaransvaret kun gjelder i forhold til forpliktelser som oppstod før ikrafttredelsen av fisjonen.⁹² Dette kan utledes av ordlyden i § 14-11 (3). For at en forpliktelse skal kunne være fordelt ved fisjonsplanen, må forpliktelsen nødvendigvis være oppstått før

⁹⁰ Se nærmere om aksjeloven § 14-11 (3) i punkt 3.3.3.

⁹¹ Jfr. LB-2010-31162

⁹² Jfr. Kommentartutgave til aksjeloven og allmennaksjeloven (2004) s. 873

fisjonens ikrafttredelse. Dette er også en naturlig avgrensning når det ses hen til bestemmelsens formål. Aksjeloven § 14-11 (3) og de øvrige bestemmelser i aksjeloven kapittel 14 som gir regler om kreditorbeskyttelse er til for å sørge for at det overdragende selskaps eksisterende kreditorers rettigheter ikke blir forringet ved fisjonen. Virkningene av fisjonen gjør seg ikke gjeldende for en kreditor når kreditorposisjonen etableres med det overtakende eller overdragende selskapet etter fisjonen. Når kreditorposisjonen ikke blir etablert før etter fisjonens ikrafttredelse, vil ikke kreditor ha noe legitimt behov for beskyttelse.

I aksjeloven § 14-11 (2), som gjelder solidaransvar for forpliktelser som ikke er fordelt etter fisjonsplanen, er det kommet uttrykkelig frem i lovteksten at ansvaret kun gjelder for forpliktelser oppstått før virkningen av fisjonen inntreffer. I relasjon til denne bestemmelsen er det antatt at dette nærmere betyr at en avtale eller annet grunnlag for det overdragende selskapets debitorposisjon må ha blitt etablert før registreringen av fisjonen.⁹³ Det er nærliggende å legge det samme til grunn for § 14-11 (3).

4.2 Nærmere om problemstillingen

Problemstillingen er i hvilken utstrekning solidaransvaret kan gjøres gjeldende for kontraktspartens oppfyllelsesinteresse for krav etter kontrakten som på tidspunktet for fisjonen må anses som fremtidige.

Problemstillingen kan illustreres ved følgende eksempel. Det overdragende selskap har inngått en leiekontrakt med kontraktsmotparten før fisjonens ikrafttredelse. Det overdragende selskap er realdebitor, og kontrakten forplikter selskapet til å stille utleieobjektet til disposisjon for kontraktsmotparten i 15 år, mot terminvise betalinger til en avtalt leiepris. Noen år etter kontraktsinngåelsen fisjonerer selskapet, og kontrakten utfisjonerer til et overtakende selskap. Det overtakende selskap oppfyller kontraktsforpliktelsene i en tid, men kommer på et tidspunkt i mislighold overfor kontraktsparten. Selskapet er ikke lenger i stand til å stille leieobjektet til disposisjon for medkontrahenten. Kontraktsparten vil i så fall ha et krav om tilbakebetaling hvis de har

⁹³ Jfr. Giertsen (1999) s. 303

betalt for terminer de viser seg å ikke få utnyttet leieobjektet. Der vilkårene for kontraktsrettslig erstatning er oppfylt, vil det også være aktuelt for kontraktsparten å kreve oppfyllelsesinteressen for kontrakten som sådan. Kontraktsparten kan for eksempel ha et økonomisk tap som følge av at han må leie noe dyrere.

Man kan betrakte et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold på to ulike måter. Det kan på den ene siden hevdes at kontraktsforholdet som sådan er en forpliktelse. Man kan argumentere for at det overdragende selskap påtok seg ved kontraktsinngåelsen å stille utleieobjektet til rådighet for kontraktsmotparten mot betaling i et nærmere bestemt tidsrom, og således at *forpliktelsen* for overdragende selskap er å stille utleieobjektet til rådighet gjennom hele kontraktstiden. Legges en slik forståelse til grunn, vil de øvrige selskapene kunne holdes solidarisk ansvarlige for både den aktuelle og de fremtidige misligholdte terminer, så lenge kontraktsforholdet ble stiftet før fisjonen ble registrert.

Alternativt kan man se det slik at i et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold står partenes forpliktelser i et avhengighetsforhold til hverandre. Den ene kontraktspartens plikt til å yte er betinget av at kontraktsmotparten presterer sin ytelse.⁹⁴ På denne bakgrunn kan det anføres at hver ytelse er en selvstendig forpliktelse som først oppstår når medkontrahenten har opparbeidet seg et krav på denne ved å prestere sin ytelse. Således kan det hevdes at selv om kontraktsforholdet er stiftet før fisjonens ikrafttredelse, er ikke den enkelte forpliktelse stiftet før det er etablert en debitorposisjon for denne ved at medkontrahenten har prestert sin ytelse. Med et slikt utgangspunkt kan solidaransvaret ikke påberopes for terminer kontraktsmotparten ikke har opparbeidet seg et krav på før virkningene av fisjonen inntrådte.

Spørsmålet som skal drøftes er altså om et kontraktsforhold som sådan kan anses som en “forpliktelse” etter § 14-11 (3), slik at solidaransvaret også aktualiseres for terminer som er fremtidige på fisjonstidspunktet.

⁹⁴ Jfr. Hagstrøm (2004) s. 37

4.3 Begrepet “forpliktelse”

4.3.1 Ordlyden

For å avgjøre om et kontraktsforhold som sådan kan anses for å være en forpliktelse, er det naturlig å se om begrepet forpliktelse kan gi noen indikasjoner i retning av det ene eller andre tolkningsalternativet.

En forpliktelse er det motsatte av et krav. Et krav er definert over som en rett til å få en annen til å gjøre, tåle eller unnlate noe. Det er derfor naturlig å anse forpliktelsesbegrepet til å favne like vidt, nemlig som en *plikt* til å gjøre, tåle eller unnlate noe.⁹⁵ En naturlig språklig forståelse av ordet forpliktelse trekker i retning av at begrepet omfatter alle plikter som det er rettslig grunnlag for. Det er for det første naturlig at begrepet omfatter overdragende selskaps ensidige forpliktelser. En ensidig forpliktelse vil for eksempel være et gaveløfte fra det overdragende selskaps side. For det andre må man i relasjon til aksjelovens fisjonsregler også anse en *forpliktelse* for å være en gjensidig bebyrdende avtale. En gjensidig bebyrdende avtale stifter rettigheter og plikter for begge kontraktspartene, og vil derfor alltid innebære en forpliktelse for det overdragende selskap.

Videre må det kunne legges til grunn at forpliktelsesbegrepet er så vidt at det omfatter både realforpliktelser og pengeforpliktelser. Dette er også lagt til grunn i juridisk teori.⁹⁶ For realforpliktelser er det imidlertid antatt at dersom solidaransvaret utløses, kan ikke selskapene som ikke skal hefte etter fisjonsplanen pålegges å oppfylle i annet enn penger. Hvis en realforpliktelse misligholdes svarer selskapenes ansvar således til medkontrahentens positive kontraktsinteresse.⁹⁷

Hvis det overdragende selskap for eksempel har avgitt en kausjonserklæring før virkningen av fisjonen trådte i kraft, er det det således klart at en kausjonserklæring er en forpliktelse, og at debitorstillingen for forpliktelsen ble stiftet før fisjonens

⁹⁵ Jfr. Hagstrøm (2004) s. 37

⁹⁶ Jfr. Giertsen (1999) s. 300

⁹⁷ Jfr. Giertsen (1999) s. 300

ikrafttredelse. De øvrige selskapene blir solidarisk ansvarlig for kausjonsforpliktelsen etter aksjeloven § 14-11 (3) hvis den aktualiseres og debitorselskapet ikke har evne til å dekke forpliktelsen selv.

For engangsytelser i gjensidig bebyrdende kontraktsforhold, der kontraktsmotparten har satt det overdragende selskapet i en debitorposisjon ved å prestere sin ytelse før fisjonens ikrafttredelse, vil det også klart foreligge en forpliktelse for det overdragende selskap som utvilsomt må anses for å være oppstått før fisjonens ikrafttredelse. Har kontraktsmotparten ytt en vare på kreditt til debitorselskapet, vil forpliktelsen til å betale for denne således falle inn under § 14-11 (3) hvis debitorselskapet selv ikke kan oppfylle forpliktelsen. Dette gjelder både betalingen skal skje under ett, og når den skal skje i rater, uansett hvor lang nedbetalingstiden er.

I forhold til om en kontrakt som sådan er en forpliktelse, kan forpliktelsesbegrepet verken sies å utelukke noen av tolkningsmulighetene, eller trekke i retning av at den ene løsning er mer nærliggende enn den andre. Begge tolkningsmuligheter er forenlige med forpliktelsesbegrepet.

4.3.2 Øvrig begrepsbruk i aksjeloven

Det er også naturlig å se på forpliktelsesbegrepet i aksjeloven § 14-11 (3) i lys av den øvrige begrepsbruken i aksjeloven.

I §§ 13-14 og 13-15 tales det om ordet “fordring”. En fordring kan i likhet med et krav betegnes som det motsatte av en forpliktelse.⁹⁸ For fordringsbegrepet ble det i oppgavens del 3 lagt til grunn at man må ha opparbeidet seg et krav ved å prestere sin egen ytelse for å ha en fordring etter et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold, og at det derfor er vanskelig å anses som kreditor for fremtidige terminer. Det er nærliggende å legge det samme til grunn for forpliktelsesbegrepet. På denne bakgrunn kan det anføres at det ikke er noe grunn til at forpliktelsesbegrepet skulle favne videre, slik at det skulle

⁹⁸ Jfr. Hagstrøm (2004) s. 37

omfatte forpliktelser for det overdragende selskap som på tidspunktet for fisjonen anses som fremtidige.

I aksjeloven § 14-2 (1) og (2) brukes begrepet “forpliktelse”. Fisjonsbegrepet kommer etter disse bestemmelsene til anvendelse når det overdragende selskaps eiendeler, rettigheter og *forpliktelser* skal fordeles ved fisjonen. For aksjeloven § 14-2 (1) og (2) er det klart at selskapets arbeidsavtaler, lisensavtaler, husleieavtaler osv. må anses for å være *forpliktelser* som skal fordeles mellom selskapene i fisjonsplanen.⁹⁹ Aksjeloven bygger nettopp på den forutsetning at fisjon ikke er å anse som et kontraktsbrudd for slike avtaler.¹⁰⁰ Hensynet til sammenheng i loven taler for å legge det samme til grunn for forpliktelserbegrepet i aksjeloven § 14-11 (3), noe som gjør det naturlig å anse en kontrakt som sådan som en forpliktelse i relasjon aksjeloven § 14-11 (3). Likevel er det ikke klart om en slik betydning er tilsiktet.

Etter dette er det vanskelig å komme nærmere en konklusjon på bakgrunn av den øvrige begrepsbruken i loven, da denne ikke gir en utvetydig løsning.

4.3.3 Øvrige rettskilder

Aksjeloven § 14-11 tredje ledd har sin bakgrunn i EUs sjette selskapsdirektiv artikkel 12 nr. 3, første punktum. Den danske direktivteksten lyder:

”Saafremt en kreditor i det selskab, hvortil forpligtelsen overfoeres efter spaltplingsplanen, ikke er blevet fyldestgjort, haefter de modtagende selskaber solidarisk for denne forpligtelse”

Aksjeloven § 14-11 (3) synes å være utformet i samsvar med direktivet. Dette ble også lagt til grunn i aksjelovens forarbeider.¹⁰¹ Hvorvidt en kontrakt som sådan kan anses som en forpliktelse, gir direktivet ordlyd ingen nærmere veiledning om. Det synes

⁹⁹ Se Andenæs (2006) s. 603

¹⁰⁰ Jfr. NOU 1992:29 s. 198

¹⁰¹ Jfr. NOU 1992: 29 s.199 og Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s. 242

heller ikke å finnes praksis fra EU domstolen som kan belyse rekkevidden av forpliktelsesbegrepet i direktivet.

Problemstillingen er ikke omtalt i lovens forarbeider eller juridisk teori. Det finnes heller ingen relevant rettspraksis på området. Når loven i seg selv ikke gir noen sikker løsning, og ingen andre rettskilder kaster lys over problemstillingen, vil reelle hensyn få vekt. Det er dermed naturlig å se på de praktiske implikasjonene av de ulike tolkningsalternativene for å se hvilket alternativ som fremstår som den rimelige løsning basert på de kryssende hensyn som gjør seg gjeldende.

4.4 Praktiske implikasjoner

Hvis man legger til grunn at en forpliktelse i et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold ikke anses for å være stiftet ved kontraktens inngåelse, men først når medkontrahenten har prestert sin ytelse og således opparbeidet seg et krav på motytelse fra selskapet, vil ikke kontraktsparten i overnevnte eksempel kunne holde de andre selskapene solidarisk ansvarlig for oppfyllelsesinteressen for terminer som er fremtidige på tidspunktet for fisjonens ikrafttredelse. Forpliktelsen vil ikke her være oppstått før etter fisjonens ikrafttredelse.

For kontraktsparten kan en slik tolkning av § 14-11 (3) virke svært urimelig. Kontraktsparten vil ha inngått kontrakten i tillitt til det overdragende selskap slik det forelå på kontraktsinngåelsestidspunktet. Etter fisjonen kan hele grunnlaget for kontraktsforholdet være bortfalt. Solidaransvaret er begrunnet i at kreditors mulige beslagsobjekter etter fisjonen vil være spredt på flere selskaper. I likhet med aksjeloven §§ 13-14 og 13-15 må det også anføres som et overordnet formål med § 14-11 (3) er å sørge for at kreditors interesser ikke blir forringet ved fisjonen. Hvis solidaransvaret ikke dekker fremtidige forpliktelser som springer ut av en kontrakt som var inngått før fisjons ikrafttredelse, kan det argumenteres for at kreditorvernet som ligger i solidaransvaret vil være illusorisk. Dette må også ses på bakgrunn av at de kontraktsparter en slik forståelse vil ramme, ofte ikke har fått adgang til å kreve sikkerhet etter aksjeloven §§ 13-14 og 13-15. At disse kontraktsparter faller utenfor begge beskyttelsesmekanismene kan virke svært uheldig.

For selskapene som ikke skal hefte etter fisjonsplanen kan imidlertid et ansvar av de dimensjoner som fremstilt over, synes svært strengt og kanskje uforholdsmessig byrdefullt. Solidaransvaret er tidsubegrenset.¹⁰² Det innebærer at selskapene som ikke skulle hefte for forpliktelsen etter fisjonsplanen, kan bli ansvarlige for mislighold som inntreffer årevis etter at fisjonen trådte i kraft, så lenge avtaleforholdet var stiftet før fisjonen. I svært mange tilfeller vil det ikke være virkningene av fisjonen som sådan som fører til misligholdet. Konjunktursvingninger, stigning i råvarepriser, valutakurser og tilfeldige begivenheter kan føre til at selskapet kommer i mislighold overfor medkontrahenten. Selskapet som skal hefte etter fisjonsplanen kan ha fått nye eiere som legger opp en ny strategi for selskapets virksomhet. Selskapet styre kan være byttet ut opp til flere ganger etter fisjonen, og misligholdet kan også utelukkende skyldes styrets uheldige beslutninger. På denne bakgrunn virker det lite rimelig at de andre selskapene som deltok i fisjonen skal stå ansvarlig for overtakende selskaps uheldige disposisjoner mange år etter fisjonen.

Ved inngåelse av langvarige kontrakter vil kontraktspartene også alltid kunne risikere at tidene endrer seg, eller at andre forhold kan føre til at kontraktsforholdet ikke kan gjennomføres som avtalt. Således kan man si at en fisjon på sikt ikke utgjør en større risiko enn andre samfunnsmessige hendelser. Kreditorvernreglene ved fisjon har som et overordnet formål å sørge for at kreditors stilling ikke forringes ved fisjonen. Når det ikke er fisjonen som sådan som fører til et eventuelt tap for kontraktsparten, kan det anføres at formålet med solidaransvaret ikke gjør seg gjeldende.

Samtidig kan det anføres at det særlige formål med solidaransvarsreglene ikke er å bøte på at fisjonen som sådan kan innebære at selskapet som nå skal hefte er dårligere utrustet til å oppfylle kontrakten enn tidligere. Solidaransvarets særlige formål er å sørge for at der det skulle skje et mislighold, vil ikke fisjonen ha medført at medkontrahenten har færre dekningsobjekter å forholde seg til enn hva han forventet da han inngikk kontrakten med det overdragende selskap. Dette hensynet gjør seg gjeldende selv om misligholdet av forpliktelsen skulle inntreffe mange år etter at fisjonen trådte i kraft, og taler således i retning for at det er stiftelsestidspunktet for

¹⁰²Jfr. Ot.prp.nr. 23 (1996-1997) s. 174

selve kontrakten som bør være avgjørende ved gjensidige bebyrdende kontrakter. Selv om det er tilfeldige begivenheter som direkte har utløst at kontrakten er misligholdt, vil det overdragende selskap alltid etter fisjonen ha mindre aktiva enn tidligere. I de tilfellene den aktuelle kontrakten har blitt utfisjonert, vil kontraktsparten ha blitt utsatt for et debitorskifte, noe som også taler for at et solidaransvar bør aktualiseres så lenge avtaleforholdet er stiftet før fisjonens ikrafttredelse.

Om man tolker forpliktelsesbegrepet på den ene eller andre måten, vil begge tolkningsalternativene ha gode grunner for seg, alt etter hvilke hensyn man vurderer som mest tungtveiende. Momentene som er drøftet over vil også kunne slå forskjellig ut i ulike typer gjensidig bebyrdende kontraktsforhold. Det er derfor vanskelig å falle ned på en klar konklusjon om hvorvidt et kontraktsforhold som sådan er en “forpliktelse” etter aksjeloven § 14-11 (3) eller ikke. Siden begge tolkningsalternativer synes å være forenlig med ordlyden i bestemmelsen, synes den nærmere konklusjonen å måtte bero på en konkret helhetsvurdering på bakgrunn av den type kontraktsforhold det er tale om.

Hensynet til at rettsregler skal være retts tekniske enkle å håndtere, samt hensynet til forutberegnelighet, taler for å ha en enhetlig løsning for alle typer gjensidig bebyrdende kontraktsforhold. Sagt med andre ord kan det oppfattes som uheldig at det skal variere fra kontraktsforhold til kontraktsforhold om kontraktsforholdet som sådan er å betrakte som en forpliktelse, eller om en forpliktelse etter kontrakten først oppstår når det er etablert en debitorposisjon for denne ved at kontraktsparten presterer sin ytelse. Rekkevidden av solidaransvaret i § 14-11 (3) vil i så fall være svært uklart både for selskapene som deltar i fisjonen og for deres kontraktsparter. Likevel er kontraktsforhold av såpass ulik natur at det riktige må være å se på hva som synes å være forpliktelsen for det overdragende selskap i det konkrete kontraktsforholdet det oppstår tvist om. I den grad det kan trekkes opp enkelte retningslinjer for når et kontraktsforhold som sådan er en forpliktelse etter aksjeloven § 14-11 (3) synes dette å være den beste løsningen.

4.5 Vurderingstemaet i praksis

4.5.1 Innledning

Oppgavens rammer tillater ikke en fullstendig gjennomgang av hvordan vurderingstemaet kan slå forskjellig ut i ulike kontraktsforhold, men nedenfor skal enkelte kontraktsforhold gjennomgås for å antyde hvordan vurderingen kan bli for noen ulike typer kontraktsforhold. I alle tilfellene legges det til grunn at det er tale om løpende forpliktelser i gjensidig bebyrdende kontraktsforhold, da problemstillingen er mest aktuell ved denne typen kontrakter.

4.5.2 Tidsbestemte kontrakter uten oppsigelsesadgang

Et løpende kontraktsforhold som ikke kan sies opp av partene vil i alle praktiske henseende være tidsbestemt. En kontrakt med et tidsbestemt forløp kan karakteriseres ved at kontraktsforholdet avsluttes av seg selv på et nærmere definert tidspunkt. Eksempelet over om utleie kan tjene som eksempel.

Når det er inngått en tidsbestemt avtale som ikke kan sies opp av noen av partene, vil rekkevidden av kontraktsforpliktelsene være klart definert allerede ved stiftelsen av kontraktsforholdet. Når fisjonsavtalen skal utarbeides etter aksjeloven § 14-4 (1) eller (2) vil selskapet eller selskapene som deltar i fisjonen være klar over omfanget av kontraktsforpliktelsen som foreligger. Kontraktsmotparten vil på sin side ha en klar, berettiget forventning til kontraktsforholdets omfang og forløp. Hvis det overtakende selskap misligholder, og det ikke er dekning hos dette til å dekke de krav kontraktsmotparten har, virker det rimelig at solidaransvaret i § 14-11 (3) aktualiseres for de misligholdte terminer.

Selv om man kontraktsrettslig sett kan argumentere for at en forpliktelse i gjensidig bebyrdende kontraktsforhold først oppstår når medkontrahenten presterer sin yttelse som avtalt, vil det i relasjon til aksjeloven § 14-11 (3) være nærliggende å legge til grunn at forpliktelsen til å stille utleieobjektet til rådighet for kontraktsmotparten ut avtaletiden i et slikt tilfelle blir stiftet allerede på kontraktsinngåelsestidspunktet. At forpliktelsen til stadig å stille utleieobjektet til rådighet for kontraktsmotparten, er betinget av at

kontraktsmotparten oppfyller sin kontraktsforpliktelse, som er å betale terminer som avtalt, bør i utgangspunktet ikke endre på dette. Formålet med solidaransvaret, som er å veie opp for at mulige dekningsobjekter i det overdragende selskap ikke lenger vil være i behold etter fisjonen, synes her å slå inn med full styrke. Hvis ikke solidaransvaret kunne anvendes for denne type forpliktelser, ville dette åpne for at det overdragende selskap vil kunne utfisjonere ugunstige eller tapsbringende kontrakter de er bundet til, og beholde aktiva i det overdragende selskap. En slik disposisjon ville klart være kreditorskadelig. Hensynet til kontraktspartene taler derfor også for at et tidsbestemt kontraktsforhold uten oppsigelsesadgang er å anse som en “forpliktelse” etter aksjeloven § 14-11 (3).

I denne typen kontraktstilfeller er det derfor naturlig å konkludere med at kontraktsforholdet som sådan er en forpliktelse, og så lenge kontraktsforholdet er stiftet før fisjonens ikrafttredelse, kan solidaransvaret påberopes for terminer som er fremtidige på tidspunktet for fisjonen, derunder oppfyllelsesinteressen for den resterende kontraktstiden etter misligholdet. Det samme må legges til grunn når kontrakten kun er uoppsigelig for det overdragende selskap.

Disse poengene må også få anvendelse for gjensidig bebyrdende kontraktsforhold som er inngått mellom partene før fisjonens ikrafttredelse, når ingen av partene har prestert sin ytelse før fisjonen. Selv om ytelsesplikten i fremtiden er betinget av motpartens ytelse, er det naturlig i å legge til grunn i forhold til aksjeloven § 14-11 (3) at forpliktelsen til prestere sin ytelse i henhold til kontrakten er en forpliktelse som oppstod før fisjonens ikrafttredelse, slik at solidaransvaret kan påberopes av medkontrahenten hvis det overtakende selskap misligholder.

4.5.3 Tidsbestemte kontrakter med rett til forlengelse

At kontraktsforholdet som sådan er naturlig å betegne som en “forpliktelse” når kontrakten er tidsbestemt må imidlertid modifiseres i enkelte tilfeller. Utleieeksempelet over kan brukes som illustrasjon. I kontrakten kan man tenke at det er fastsatt en opsjon for kontraktsmotparten til å forlenge kontrakten med ett visst antall år, når kontraktstiden nærmer seg opphørsdato. I motsetning til over kommer selskapet som

skal hefte for kontraktsforholdet etter fisjonsplanen her ikke i mislighold før en tid etter opsjonen er utøvd. Vil det i et slikt tilfelle være rimelig å anse forpliktelsen til å oppfylle kontraktsmessig etter utøvelsen av opsjonen for å være oppstått samtidig med kontrakten og opsjonens stiftelse? Eller vil det være naturlig å betegne dette som en ny forpliktelse for det aktuelle debitorselskapet, som solidaransvaret i aksjeloven § 14-11 (3) ikke kan gjøres gjeldende for? Hvis opsjonen utøves, og et mislighold inntreffer etter dette, kan det på den ene siden hevdes at solidaransvaret ikke bør aktualiseres for oppfyllelsesinteressen for den forlengede kontraktstiden. Den forlengede kontrakt kan hevdes inngått med det nye debitorselskapet, og ikke med det overdragende selskap før fisjonens ikrafttredelse. Når kontraktsparten velger å utøve opsjonen, selv etter de virkninger fisjonen kan ha medført, kan det anføres at hensynet om at kontraktsparten ikke skal bli skadelidende ved fisjon, ikke gjør seg gjeldende.

Likevel kan et slikt synspunkt virke unaturlig. Opsjonen kan også anses som en betinget forpliktelse som oppstår allerede når kontraktsforholdet og opsjonen blir stiftet. En opsjon er en ensidig rettighet for kontraktsparten, og fra det overdragende selskaps side er det en ensidig forpliktelse som foreligger for denne allerede fra det tidspunkt opsjonen ble stiftet. Selv om opsjonen utøves mot det overtakende selskap etter fisjonen, kan man si at det har foreligget en latent forpliktelse helt siden kontraktsinngåelsen med det overdragende selskap.

Etter dette bør det legges til grunn at de forpliktelsene som oppstår som følge av opsjonen utøves, skal anses oppstått samtidig med stiftelsen av opsjonen. Så lenge kontraktsforholdet og opsjonen ble stiftet før fisjonens ikrafttredelse, kan solidaransvaret i § 14-11 (3) påberopes dersom det overtakende selskap skulle misligholde sine forpliktelser etter opsjonen er utøvd.

Hvis man tenker seg det samme eksempelet som over, men istedenfor at kontraktsmotparten har en opsjon som gir adgang til å forlenge leieforholdet, kan man tenke at en klausul i kontrakten gir kontraktspartene rett til å forlenge leieforholdet på samme vilkår. Forskjellen fra en opsjon er at en slik klausul krever samtykke fra begge parter for at forlengelse kan skje, mens en opsjon kan utøves ensidig. Hvis selskapet som hefter for kontraktsforholdet etter fisjonsplanen og kontraktsmotparten blir enig om

å forlenge kontraktsforholdet i henhold til klausulen, oppstår spørsmålet om forlengelsen skal anses som en ny forpliktelse inngått med det nye debitorselskapet, eller om kontraktsforholdet som sådan fortsatt skal anses inngått med overdragende selskap før fisjonens ikrafttredelse.

Siden en forlengelse av kontraktsforholdet i disse tilfellene er opp til begge parter, kan dette trekke i retning av at kontraktsforpliktelsene som foreligger etter den opprinnelige kontraktstiden er ute, er å anse som en ny forpliktelse. Slik som for opsjonstilfellet kan det her hevdes at ved å forlenge kontrakten har kontraktsmotparten gjort dette i tillitt til det overtakende selskapet, slik at hensynet bak aksjeloven § 14-11 (3), ikke gjør seg gjeldende. I motsetning til opsjonstilfellet er ikke en klausul som gir partene rett til å forlenge kontraktsforholdet på samme vilkår å anse som en betinget forpliktelse som foreligger allerede fra kontraktsforholdet ble stiftet. Når en forlengelse av kontraktsforholdet er opp til begge parter, er det ikke riktig å anse dette for å være en forpliktelse for det overdragende selskap ved kontraktsinngåelsen. Kontraktsmotparten kan heller ikke som ved opsjonstilfellet ha en berettiget forventning om å kunne forlenge leieforholdet.

Der hvor kontraktsforholdet forlenges virker det etter dette riktig å se det slik at det er stiftet en ny forpliktelse, på samme vilkår, mellom kontraktsparten og det overtakende selskap. Forpliktelsene for det overtakende selskap i den forlengede kontraktsperioden kan således ikke anses som en forpliktelse for det overdragende selskap som er oppstått før fisjonens ikrafttredelse. Følgelig vil solidaransvaret i aksjeloven § 14-11 (3) ikke kunne påberopes dersom kontrakten misligholdes etter forlengelsen.

4.5.4 Tidsubestemte kontrakter med gjensidig oppsigelsesadgang

Et kontraktsforhold med et tidsubestemt forløp løper til det sies opp av en av partene. Ofte vil det være fastsatt en gjensidig oppsigelsesadgang for begge parter, med en nærmere bestemt oppsigelsestid. En leiekontrakt som beskrevet over, men som ikke har noen tidsbegrensning, er et eksempel på en kontrakt med tidsubestemt forløp.

For tidsubestemte kontrakter som løper til den sies opp av en av partene, er det lite nærliggende å anse de enkelte terminer for å være en forpliktelse som ble stiftet allerede ved kontraktsinngåelsen. Selv om kontrakten stifter rettigheter og forpliktelser for begge parter, og det unaturlig å legge til grunn at det ved kontraktsinngåelsen ble stiftet en forpliktelse for det overdragende selskaps til å yte i all uoverskuelig fremtid, så lenge motparten presterer sin ytelse. Det er mer nærliggende å se det slik at kontraktsforholdet nærmest blir forlenget en termin når den av partene som etter kontrakten skal yte først, presterer sin ytelse. Hvis kontraktsforholdet fortsetter etter fisjonens ikrafttredelse, må de nye forpliktelser kontraktsparten opparbeider seg krav på derfor anses stiftet med det overtakende selskap. For disse forpliktelsene vil ikke vilkåret i § 14-11 (3) om at forpliktelsen må være stiftet med overdragende selskap før fisjonens ikrafttredelse være oppfylt, og solidaransvaret kan ikke gjøres gjeldende.

For de øvrige selskapene som eventuelt pålegges et solidaransvar etter § 14-11 (3), vil en slik løsning være rimelig. For å sette eksempelet på spissen kan man tenke seg at kontraktsforholdet løper i tyve år etter fisjonen før det skjer et mislighold som det ikke er midler for å dekke hos det overtakende selskap. Solidaransvaret er som nevnt ikke tidsbegrenset, og det kan synes å falle utenfor solidaransvarets formål at slike forpliktelser skal omfattes når partene har hatt en gjensidig oppsigelsesadgang. Når et kontraktsforhold ikke er tidsbegrenset, og kan sies opp av begge parter, vil heller ikke hensynet til kontraktsparten veie særlig tungt. Selv om kontraktsparten kan ha inngått kontrakten i tillitt til det overdragende selskap, vil ikke vedkommende kontraktspart ha de samme forventninger til kontraktsforholdets forløp som ved tidsbestemte kontrakter.

Solidaransvaret må imidlertid kunne påberopes for de terminer som utgjør den avtalte oppsigelsestiden. Hvis det for eksempel er fastsatt en gjensidig oppsigelsesadgang med en oppsigelsesfrist på tre måneder, må forpliktelsen for det overdragende eller overtakende selskap til å prestere ut oppsigelsestiden sies å være en forpliktelse som foreligger allerede fra kontraktsinngåelsestidspunktet. Hensynene som taler for at fremtidige forpliktelser etter en tidsbestemt kontrakt uten oppsigelsesadgang skal omfattes av solidaransvaret i § 14-11 (3) gjør seg også gjeldende her. Hvis ikke solidaransvaret omfatter terminer som utgjør oppsigelsestiden som er fastsatt i tidsubestemte kontraktsforhold, ville dette åpne for at selskapet kunne utfisjonere

tapsbringende kontrakter til et mindre likvid selskap i den hensikt å slippe oppfylle ut den avtalte oppsigelsestiden.

For løpende forpliktelser i oppsigelige, tidsubestemte kontraktsforhold er etter dette rimelig å legge til grunn at solidaransvaret i § 14-11 (3) kan gjøres gjeldende for de terminer som utgjør oppsigelsestiden, men ellers ikke for terminer kontraktsmotparten ikke har opparbeidet seg et krav på før fisjonens ikrafttredelse.

5 Avsluttende bemerkninger

Selv om aksjeloven ikke inneholder særlige regler om kontraktparters stilling ved fisjon, viser fremstillingen over at en rekke av selskapets kontraktparter faktisk har beskyttelse gjennom kreditorvernreglene når kontraktsmotparten fisjonerer.

Kreditorbegrepet i aksjeloven §§ 13-14 og 13-15 omfatter i sin tradisjonelle form kun pengekreditorer med ensidige, aktuelle krav mot selskapet. Det må imidlertid legges til grunn at kreditorbegrepet må tolkes utvidende, slik at også kontraktparter som ikke umiddelbart kan anses som selskapets kreditorer etter §§ 13-14 og 13-15 også kan fremme innsigelser mot fisjonen, i den utstrekning de har et reelt behov for en kreditorposisjon. Det antas derfor at en realkreditor etter omstendighetene kan fremme innsigelser etter §§ 13-15 (1) og (2). Ingen reelle grunner synes å tilsi at en realkreditor skal stå svakere enn en pengekreditor ved fisjon, og når en realkreditor har et aktuelt uforfalt eller forfalt krav på annet enn penger mot selskapet som fisjonerer, tilsier rimelighetsbetraktninger at realkreditor også må kunne fremme innsigelser mot fisjonen.

Det relative kreditorbegrep kan imidlertid ikke strekkes så langt at kontraktparter med helt fremtidige, uforfalte krav mot det overdragende selskap kan fremme innsigelser mot fisjonen etter disse bestemmelsene. Hensynet til kontraktsparten kan i disse tilfellene ikke ha utslagsgivende vekt, siden partene her vil ha sikkerhet gjennom kontraktsrettslige regler om detensjonsrett og hevingsrett. Det fisjonerende selskapets behov for å bygge videre på eksisterende kontraktsforhold etter fisjonen veier tyngre.

I forhold til kontraktparters stilling etter fisjonens ikrafttredelse må det kunne legges til grunn at enkelte typer kontraktsforhold som sådan er å regne som en “forpliktelse” i relasjon til § 14-11 (3), slik at solidaransvaret også gjelder for forpliktelser som på tidspunktet for fisjonen må anses som fremtidige. Dette så lenge kontraktsforholdet er stiftet før fisjonens ikrafttredelse. En slik tolkning av forpliktelsesbegrepet må imidlertid forbeholdes de kontraktsforhold som er tidsbestemte og uten oppsigelsesadgang for det overdragende selskap (og senere det overtakende selskap).

Ved løpende kontraktsforhold som kan sies opp av selskapet er det vanskelig å betegne kontraktsforholdet som sådan som en forpliktelse. Selve kontraktsforpliktelsen er ikke her definert på samme måte som ved tidsbestemte og uoppsigelige kontrakter. Den synes derfor uriktig å anse fremtidige forpliktelser etter denne typen kontrakter for å ha oppstått allerede ved kontraktsinngåelsen. For løpende forpliktelser i oppsigelige, tidsubestemte kontraktsforhold er det derfor rimelig å legge til grunn at solidaransvaret i § 14-11 (3) ikke kan gjøres gjeldende for terminer kontraktsmotparten ikke har opparbeidet seg et krav på før fisjonens ikrafttredelse. Hvis det i kontrakten er fastsatt en oppsigelsestid må det imidlertid antas at forpliktelsen til å prestere i terminene som utgjør oppsigelsestiden, er en forpliktelse som ble stiftet samtidig med kontraktens inngåelse. Ved tidsubestemte kontraktsforhold antas det derfor at solidaransvaret i § 14-11 (3) kan påberopes for forpliktelser i de terminer som utgjør oppsigelsestiden.

Jevnt over vil kontraktsparter stå i en sterkere stilling i forhold til det reparative kreditorvernet enn det preventive, men både i relasjon til det preventive og det reparative vernet vil kontraktsparter ha en sterkere stilling ved fisjon enn det aksjeloven umiddelbart gir uttrykk for. Det må understrekes at konklusjonene som legges til grunn i oppgaven er beheftet med tvil, siden problemstillingene ikke har vært gjenstand for prøving av i domstolene. Gode grunner taler imidlertid for å legge disse løsningene til grunn.

6 Litteraturliste

6.1 Bøker

Aarbakke, Magnus m.fl. *Aksjeloven og allmennaksjeloven*. Kommentarutgave. 2. utgave. Oslo, 2004.

Andenæs, Mats Henry. *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*. 2. utgave. Oslo, 2006.

Giertsen, Johan. *Fusjon og fisjon*. Bergen, 1999.

Gisle, Jon m.fl. *Jusleksikon*. 2. utgave. Oslo, 2002

Hagstrøm, Viggo og Aarbakke, Magnus. *Obligasjonsrett*. Oslo, 2003.

Krüger, Kai. *Norsk kontraktsrett*. Bergen, 1989

Marthinussen, Hans Fredrik og Aarbakke, Magnus. *Aksjeloven med kommentarer*. Oslo, 1987

Schaumburg-Müller, Peer og Werlauff, Erik. *Selskabsloven med kommentarer*. Danmark, 2010

6.2 Lover, forarbeider og direktiver

Lov av 04.juni 1976 nr. 59 om aksjeselskaper (aksjeloven 1976)

Lov av 21.juni 1985 nr. 83 om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper (Selskapsloven)

Lov av 13.juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven)

Lov av 13.juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)

Lov av 26.mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven)

NOU 1992:29 Lov om aksjeselskaper

NOU 1996:3 Ny aksjelovgivning

Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) Om lov om aksjeselskaper

Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven)

Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven).

Direktiv 78/855/EØF (fusjonsdirektivet)

Direktiv 82/891 EØF (fusjonsdirektivet)

6.3 Rettspraksis

Rt. 1978 s.1184

Rt. 1992 s.966

Rt. 2010 s.918

LB-2010-031162. Borgarting lagmannsrett.

Kjæremålssak nr. 92-0122. Gulating lagmannsrett 09.mars 1992 (Upublisert).

6.4 Norske nettdokumenter

Rettsdata. *Kommentarer til aksjeloven*. [Kommentarene er sist hovedrevidert

06.10.2010. Enkeltnoter i kommentarene er sist endret 29.10.2010.]

http://abo.reettsdata.no/browse.aspx?sDest=gL19970613z2D44&hash=gL19970613z2D44&bid=direct&s_terms=aksjeloven